PIERO CALAMANDREI

OPERE GIURIDICHE

III

DIRITTO E PROCESSO COSTITUZIONALE

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO

RomaTrE-Press
2019

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

La memoria del diritto

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

3

Piero Calamandrei

OPERE GIURIDICHE
Volume III

Diritto e processo costituzionale

Presentazione di Costantino Mortati

Riedizione a cura della
Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei
Istituzione del Comune di Montepulciano
e della
Fondazione "Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei" – Roma

RomaTrE-Press
2019

Comitato scientifico della Collana:
Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: MOSQUITO. mosquitoroma.it

Impaginazione: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press
Roma, settembre 2019
ISBN: 978-88-32136-45-6

http://romatrepress.uniroma3.it

Le eredi di Piero Calamandrei, titolari dei diritti sulle sue opere, hanno autorizzato la Roma TrE-Press a diffondere in *open access* questo volume i cui contenuti sono assoggettati alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International Licence* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale. Il volume, oltre che sulla piattaforma della Roma TrE-Press è disponibile su quella di Google Books.

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
La memoria del diritto

Con la Collana "*La memoria del diritto*" il Dipartimento di Giurisprudenza di Roma Tre intende offrire alle comunità dei giuristi, italiani e stranieri, la possibilità di accedere, a distanza e in formato digitale, a classici ormai introvabili e spesso conservati ormai nei "fondi" delle Biblioteche.

Il diritto è una disciplina intrinsecamente storica, costruita su materiali normativi e concettuali che si sono formati e stratificati con il passare dei secoli. La conoscenza delle opere dei grandi Maestri risponde ad esigenze al tempo stesso metodologiche e culturali. "Memoria" è un vocabolo che esprime una tensione creatrice fondata sullo studio e la rivisitazione del passato.

Questa Collana si aggiunge all'altra Collana di Dipartimento "*L'unità del diritto*" esprimendo la complessità, ma anche la unitarietà diacronica e sincronica, del fenomeno giuridico.

La opzione per pubblicazioni in *open access* risponde pienamente al progetto di Dipartimento di Eccellenza: l'Università in quanto istituzione di formazione e di ricerca finanziata da risorse pubbliche ha un obbligo – ma anche un precipuo interesse – a diffondere con un raggio quanto più ampio i risultati delle proprie attività, creando esternalità positive e offrendo la possibilità anche a chi non è direttamente impegnato nella ricerca universitaria a sviluppare proprie piste di indagine e arricchendo i propri orizzonti culturali.

La scelta di inaugurare la Collana con i dieci volumi delle "Opere Giuridiche" di Piero Calamandrei vuole essere emblematica, creando un ponte intellettuale che copre oltre un secolo e che si proietta, grazie alla acutezza del grande Giurista e uomo politico, nella contemporaneità.

Prof. Giovanni Serges
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Presentazione della riedizione

La Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei, istituzione del Comune di Montepulciano e la Fondazione "Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei" di Roma sono liete di rendere accessibili agli studiosi del diritto così come ad un più ampio pubblico le "Opere Giuridiche" di Piero Calamandrei, attualmente purtroppo reperibili solo nelle biblioteche.

L'opera multiforme di Piero Calamandrei (1889-1956) spazia dal diritto alla letteratura, alla poesia, alla pittura, alla fotografia e non cessa di offrire spunti attualissimi di acuta riflessione sulle istituzioni, i principi che le devono reggere, i rischi e le sfide della democrazia.

Queste "Opere Giuridiche" possono dunque essere lette in congiunzione, non solo ideale, con quelle pubblicate o ripubblicate in questi anni grazie alla cura di eminenti giuristi e studiosi ed ai tanti ritrovamenti archivistici di inediti significativi. Oltre ai classici *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, l'*Inventario della casa di campagna* e *Uomini e città della resistenza* citiamo l'edizione integrale dei *Diari (1939-1945),* gli inediti *Fede nel diritto, Non c'è libertà senza legalità , Il fascismo come regime della menzogna* e le raccolte *L'avvenire dei diritti di libertà, Patologia della corruzione parlamentare, Per la scuola, La burla di primavera* .

Nel licenziare l'opera per la sua diffusione planetaria in *open access* un particolare ringraziamento va a Google Books e alla sua squadra, che ha curato una scansione digitale di qualità, a Matilda Cappelletti, figlia di Mauro Cappelletti allievo prediletto di Calamandrei e curatore, fra gli anni '70 e '80, della edizione delle "Opere Giuridiche", al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre che ha voluto dare vita, per l'occasio-

ne, alla Collana "*La memoria del diritto*", un titolo che pensiamo sarebbe piaciuto al grande Maestro. Ed infine alla Roma TrE-Press che continua nella sua meritoria opera di rendere accessibile a tutti, senza oneri, i risultati delle ricerche universitarie.

Silvia Calamandrei
Presidente della Biblioteca
e Archivio Storico
Istituzione del Comune di Montepulciano

Vincenzo Zeno-Zencovich
Presidente della Fondazione
"Centro di iniziativa giuridica
Piero Calamandrei" - Roma

ATTUALITA' DI PIERO CALAMANDREI, PROCESSUALISTA

1.- Ristampare oggi le *Opere giuridiche* di Piero Calamandrei non è soltanto un modo efficace per offrire agli studiosi del processo civile un facile accesso a preziosi volumi ormai fuori commercio; significa anche e soprattutto riconoscere il profondo legame fra le origini della dottrina processualcivilistica e il futuro del processo civile, che attraversa il passato meno recente per giungere fino all'attuale presente, secondo una continuità e un destino che sono in realtà fuori dal tempo, ciò che avviene solo ed esclusivamente per i "classici".

Questa consapevolezza era già viva nei giuristi del passato che, con amorevole cura e lungimirante dedizione, ebbero l'idea di raccogliere – sotto la guida di Mauro Cappelletti – tutti gli studi giuridici di Piero Calamandrei: le monografie sulla *Cassazione civile* e sulla *Chiamata in garanzia*, le *Istituzioni del processo civile* e gli scritti che si fa fatica a qualificare come «minori», costituendo delle vere e proprie pietre miliari in tema di teoria generale del processo, di prova civile, di vizi della sentenza e mezzi di impugnazione, di tutela cautelare e di giustizia costituzionale.

A quella lodevole iniziativa parteciparono, con brillanti saggi introduttivi, studiosi del calibro di Virgilio Andrioli, Enrico Tullio Liebman, Tito Carnacini, Vittorio Denti, Giovanni Pugliese, Costantino Mortati, riuniti dall'idea di appartenere ad una comunità accademica coesa e consapevoli di essere di fronte a studi di intramontabile valore, i quali vennero presentati con il rispetto e con l'ammirazione che merita un autentico fondatore della disciplina.

Chiunque rilegga oggi uno qualsiasi dei saggi di Piero Calamandrei ne può constatare la profondità del pensiero, la ricchezza degli spunti, l'originalità dei risultati, l'eleganza della prosa, la viva e perdurante attualità.

La vastità del pensiero dell'insigne giurista fiorentino – che è stato ad un tempo Professore di diritto processuale civile, Rettore dell'Università degli Studi di Firenze, Presidente del Consiglio Nazionale forense e Deputato dell'Assemblea Costituente – non si presta ad una minuta e noiosa rassegna, proprio per la straordinarietà della sua vita scientifica e umana. Ci limitiamo , quindi, a segnalare alcune delle idee più significative del suo insegnamento, che possono ormai considerarsi patrimonio comune dell'odierna dottrina processualcivilistica, anche in considerazione dei successivi sviluppi: la natura della Cassazione civile, la visione del processo come gioco, la funzione della tutela cautelare, i concetti di verità e di verosimiglianza nel processo.

2.- La Cassazione, quale organo supremo di giustizia e regolatore dei rapporti tra le diverse giurisdizioni, costituisce il risultato più significativo ed importante dell'opera scientifica di Piero Calamandrei, sebbene, all'epoca, questa avesse suscitato le perplessità ricordate da Virgilio Andrioli.
Nel 1933, nel decennale della Cassazione unica, Piero Calamandrei scriveva che «la porta, per la quale la scienza del diritto entra più liberamente nelle aule di giustizia, è quella della Cassazione unificata».
Nella seduta pomeridiana del 27 novembre 1947 dell'Assemblea Costituente, quando si discuteva dell'art. 102, corrispondente all'attuale settimo comma dell'art. 111 Cost., Piero Calamandrei arrivò in ritardo. Nella prima parte del dibattito, Giovanni Leone difese la proposta della Commissione contro gli emendamenti diretti a reistituire le Cassazioni regionali, sostenuti anche da Palmiro Togliatti e da Vittorio Emanuele Orlando.
Nel rinnovato quadro normativo, ma quando si riteneva ancora che parte delle disposizioni della Carta fondamentale della Repubblica fossero meramente «programmatiche», la Cassazione riconobbe che l'art. 111, comma 2 (oggi 7), avesse immediata portata precettiva (Cass., sez. un., 30 luglio 1953, n. 2593, in *Foro it.*, 1953, I, 1248).
L'assemblea generale della Corte di Cassazione del 23 aprile 1999 aveva segnalato i rischi paventati per l'attività della Corte.
La crescita esponenziale dei ricorsi, dipendente in buona parte anche dalla riforma del contenzioso tributario e, da ultimo, dalle controversie in materia di immigrazione, ha creato, per la Corte, una situazione di emergenza.
Quest'ultima, a sua volta, ha suscitato una frenesia legislativa che, pur diretta

a porre rimedio, ha fatto del procedimento di legittimità un gioco dell'oca (*Foro it.*, 2018, V, 213), privo di oggettiva base razionale e mortificante anche per i magistrati.
La cattedrale della giustizia è un edificio alla manutenzione del quale contribuiscono gli studiosi e gli operatori.
La porta, che Piero Calamandrei ha contribuito ad aprire e che salutava con soddisfazione nel decennale della Cassazione unica, è mantenuta aperta dal dialogo sui contrasti di giurisprudenza e sulle questioni processuali controverse.
Il controllo di legalità che la Costituzione ha affidato alla Corte, anche grazie al contributo di Piero Calamandrei, presuppone che, come prevede la legge, le decisioni siano il frutto di un'opera collegiale e del confronto aperto anche all'esterno.
Non mancano, anche a causa della enorme mole di lavoro, note autonome, che si distaccano dall'armonia dell'orchestra.
Proprio in riferimento al contributo giovanile di Piero Calamandrei, che aveva segnato i confini dell'istituto, si è affermato che «la distinzione tra garanzia propria e impropria è destituita di fondamento e che tutte le fattispecie ricondotte all'una e all'altra categoria devono andare soggette alla medesima disciplina processuale» (così Cass., sez. un., 4 dicembre 2015, n. 24707).
Grazie alla porta aperta da Piero Calamandrei, anche in relazione a questa decisione, che ha disatteso una tradizione consolidata e l'espressa previsione normativa di cui all'art. 106 c.p.c., che appunto distingue la comunanza di causa e la chiamata in garanzia, le reazioni degli studiosi hanno proseguito il dialogo, che può trovare nuova linfa nella ripubblicazione anche della monografia del 1913.

3.- Un indubbio pregio delle opere di Calamandrei, che ne costituisce uno dei tratti di maggiore fascino, consiste nel felicissimo connubio fra l'alto valore delle sue riflessioni scientifiche e la considerazione dell'esperienza processuale, il suo vivo e concreto pulsare nel cuore degli uomini.
L'esempio forse più apprezzabile di questo legame fra teoria e pratica del processo si trova nel celeberrimo e suadente saggio sul *Processo come giuoco* pubblicato sulla *Rivista di diritto processuale* del 1950, nel quale si osservava che «se il giurista 'puro' può prendersi il lusso di trattar le leggi come congegni di precisione», solo a questo non può limitarsi l'avvocato, «il quale

deve ad ogni istante ricordarsi che ogni uomo è una persona, cioè un mondo morale unico ed originale, che dinnanzi alle leggi si comporta secondo i suoi gusti e i suoi interessi, in maniera imprevedibile e spesso sorprendente».
E questa unicità ciascuna parte la dimostra appunto nel *gioco del processo*, che fra i suoi scopi istituzionali contempla ovviamente quello di amministrare la giustizia, ma che al tempo stesso è il luogo dello scontro dialettico fra intelligenze, per il quale è assai calzante il proverbio popolare secondo cui per vincere una causa occorrono diversi ingredienti: l'*avere ragione*, il *saperla esporre*, il *trovare chi la intenda* e *che la voglia dare*, e alla fine *il debitore che possa pagare*.
L'esito del combattimento giudiziario dipende insomma non solo dalle ragioni, ma anche dall'abilità nel giocare la partita, dalla somma dei comportamenti dei litiganti, dalle loro astuzie, dall'efficacia delle loro mosse a sorpresa. Eppure, anche questa visione agonistica del processo non può dirsi completa, perché – come riconosce espressamente lo stesso Calamandrei – la libertà della tattica processuale è limitata dall'obbligo delle parti e dei loro difensori di comportarsi in giudizio con lealtà e probità.
Controversa è tuttavia l'interpretazione di questa clausola generale e quindi eternamente si discute, oggi come allora, dell'abuso del processo, dei contorni della responsabilità per mala fede processuale, del significato del dolo revocatorio, del valore degli argomenti di prova ricavabili dal contegno processuale dei litiganti, del problema dell'obbligo delle parti di dire il vero nel processo. Ed è questo uno degli aspetti più vitali, ancora oggi attualissimo, dell'insegnamento di Piero Calamandrei.

4.- «Credo che – osserva Vittorio Denti nella Presentazione del IX volume – da molti degli scritti minori, più che dalle grandi opere sistematiche, dovrà prendere le mosse chi vorrà ricostruire la figura e l'opera di Piero Calamandrei». È vero anche, d'altro canto, che fra gli scritti minori di Calamandrei alcuni assumono una particolare importanza sia per la grande influenza che hanno avuto sulla riflessione successiva intorno agli argomenti da essi trattati, sia per la straordinaria finezza ed attualità dei loro contenuti. È il caso – per limitarsi ad alcuni esempi fra i molti che si potrebbero fare – dell'*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* del 1936 e dell'ultimo suo saggio in materia di diritto processuale civile *Verità e verosimiglianza nel processo civile* del 1955.

Quando Calamandrei pubblica l'*Introduzione*, dedicandolo a Giuseppe Chiovenda, ha appena compiuto 47 anni ed è al culmine della sua attività scientifica. Nell'avvertenza il Maestro fiorentino sottolinea come non si tratti di una monografia dedicata al tema della tutela cautelare, quanto piuttosto della parte introduttiva di «un corso sui provvedimenti cautelari», rivolto agli studenti del «secondo biennio» della Facoltà giuridica fiorentina. Pur avendo finalità prevalentemente didattiche lo studio si segnala fin da subito per il modo nuovo con il quale affronta il tema della tutela cautelare e per la piena consapevolezza della stretta correlazione che sussiste fra questa particolare forma di tutela e l'effettività della stessa funzione giurisdizionale. Ed è questa la ragione per la quale esso non solo continua ad essere considerato un classico sul tema, ma a conservare piena attualità.

Anzitutto, Calamandrei anticipa ciò che ormai costituisce un dato imprescindibile nella riflessione processualcivilistica, e cioè che solo «in un ordinamento processuale puramente ideale, in cui il provvedimento definitivo (del giudice) potesse essere *istantaneo*, in modo che, nello stesso momento in cui l'avente diritto presentasse la domanda, subito potesse essergli resa giustizia in modo pieno e adeguato al caso, non vi sarebbe più posto per i provvedimenti cautelari».

La tutela cautelare, dunque, trae la sua ragion d'essere dall'esigenza di assicurare gli effetti dei provvedimenti, alla produzione dei quali è diretta la funzione giurisdizionale di cognizione e di esecuzione, ovviando ai pericoli che minacciano la fruttuosità della tutela giurisdizionale di un diritto nel tempo necessario per conseguirla.

E Calamandrei ha ben chiaro che la stretta relazione che inevitabilmente lega la tutela cautelare all'esigenza di assicurare gli effetti della primaria funzione giurisdizionale di cognizione e di esecuzione impone di guardare ad essa come ad una diretta manifestazione della garanzia del diritto di azione e alla sua piena effettività.

Siccome per la sua stessa natura il processo non può plausibilmente prescindere dall'impiegare un certo lasso di tempo, più o meno lungo, prima di pervenire alla decisione finale, si comprende agevolmente la necessità che la disciplina che l'accompagni si presenti come una sorta di «corsa contro il tempo»: impedisca, cioè, che si protragga più del dovuto (sia improntato

ad una «ragionevole durata») e, contestualmente, offra alla parte che ha bisogno della tutela giurisdizionale gli strumenti idonei ad evitare che le conseguenze del fisiologico protrarsi del processo ricadano sulla situazione giuridica tutelanda.
A maggior ragione queste considerazioni valgono se si considera che, proprio nell'ottica del superamento dell'autotutela privata e della funzione pubblicistica del processo civile, la sua finalità non venga limitata alla soluzione della lite ed alla tradizionale tutela del diritto soggettivo sostanziale, di cui la parte si afferma titolare, ma ricomprenda anche il ristabilimento della pacificazione sociale o comunque la riaffermazione del diritto obiettivo o della chiovendiana volontà di legge nel caso concreto.
Il lasso di tempo che necessariamente deve intercorrere fra l'instaurazione del giudizio con la manifestazione del «bisogno di tutela giurisdizionale» e la pronuncia di una sentenza dotata di efficacia esecutiva, espone la tutelanda situazione al pericolo di subire un ulteriore pregiudizio, che può consistere o nel verificarsi di fatti tali da porre in pericolo le possibilità di concreta attuazione della sentenza, o comunque nel permanere della violazione e quindi dello stato di insoddisfazione del titolare della situazione sostanziale violata. «I provvedimenti cautelari – chiarisce Calamandrei in maniera mirabilmente efficace – rappresentano una conciliazione tra le due esigenze spesso contrastanti della giustizia, quella della *celerità* e quella della *ponderatezza*: tra il far presto e male, e il far bene ma tardi; i provvedimenti cautelari mirano innanzitutto a far presto, lasciando che il problema del bene e del male, cioè della giustizia intrinseca del provvedimento, sia risolto successivamente colla necessaria ponderatezza nelle riposate forme del processo ordinario ... [e] preventivamente assicurano i mezzi atti a far sì che il provvedimento definitivo possa avere, quando sarà emanato, la stessa efficacia e lo stesso rendimento pratico che avrebbe se fosse emanato immediatamente». Ma il processo di affermazione di questa stretta correlazione fra tutela cautelare ed effettività della tutela giurisdizionale richiedeva che la stessa tutela cautelare venisse ricostruita come tipica funzione giurisdizionale autonoma. Ed è in questa direzione che l'insegnamento di Calamandrei è stato determinante.

5.- Non meno significativo l'apporto che Calamandrei offre al progresso

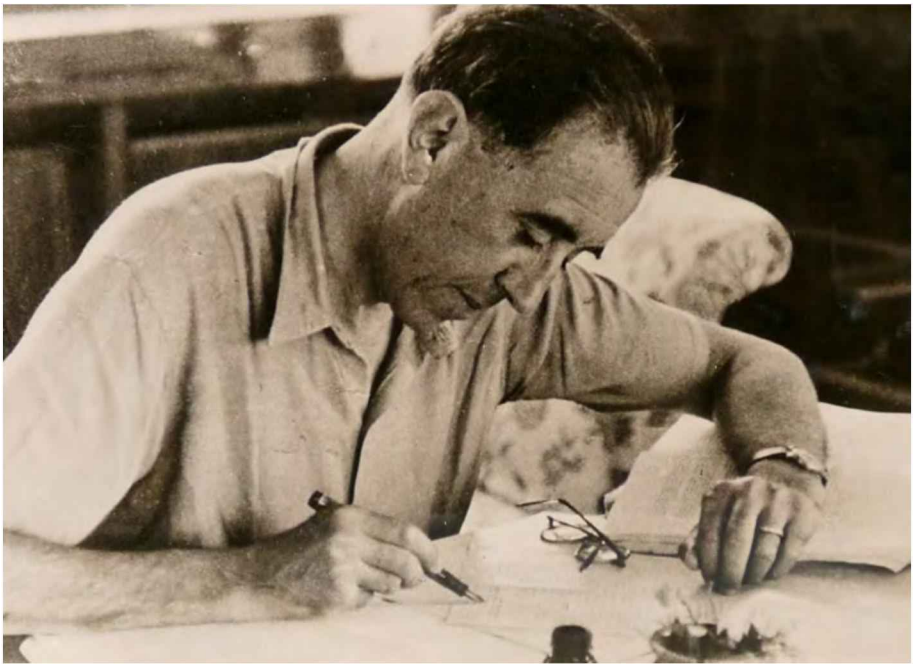
della riflessione intorno alla formazione del convincimento del giudice con il suo famosissimo saggio su *Verità e verosimiglianza.*
In esso, Egli riprende – dopo oltre mezzo secolo – l'insegnamento di Adolf Wach secondo cui nel processo ogni giudizio di verità diventa un giudizio di probabilità («*aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlichkeitsbeweis*»), per giustificare la conclusione che «anche per il giudice più scrupoloso e attento vale il fatale limite di relatività che è propria della natura umana». Quando si dice che un fatto processuale è vero – osserva il Maestro fiorentino – «si vuol dire in sostanza che esso ha raggiunto, nella coscienza di chi lo giudica tale, quel grado massimo di verosimiglianza che, in relazione ai limitati mezzi di conoscenza di cui il giudicante dispone, basta a dargli la certezza soggettiva che quel fatto è avvenuto»; nient'altro, dunque, che «un surrogato di verità», commisurato all'esperienza, alla cultura e alla capacità del giudicante.
In tale ottica, il giudizio fondato sulla probabilità è funzionale a misurare la capacità di una determinata allegazione di rappresentare un'effettiva realtà fattuale, secondo «l'ordine normale delle cose», ovvero nel rispetto di tutti quei limiti che inevitabilmente il giudice incontra e che gli derivano dal principio fondamentale del processo moderno per cui il giudice deve assumere una posizione di passiva attesa, dalla quale può uscire solo per affacciarsi a quella «porzione di realtà» che le parti gli sottopongono. Ciò che, in definitiva, va letto come la riaffermazione, anche sul versante dell'accertamento probatorio, della concezione garantista del processo propria del «liberalismo processuale».

* * *

La ristampa delle *Opere giuridiche* conferma che gli studiosi del processo civile, come diceva Bernardo di Chartres, siedono sulle spalle dei giganti («*nos esse quasi nanos gigantum humeris insidientes*») e su di essi grava la responsabilità e di non disperdere i frutti dell'opera intrapresa e degli insegnamenti ricevuti.

Roma, aprile 2019

Antonio Carratta *Giorgio Costantino* *Giuseppe Ruffini*



OPERE GIURIDICHE
di
PIERO CALAMANDREI
a cura di Mauro Cappelletti

CONTENUTI DEI 10 VOLUMI

VOLUME I: *Problemi generali del diritto e del processo*.

VOLUME II: *Magistratura, Avvocatura, studio e insegnamento del diritto,* con *Presentazione* di MAURO CAPPELLETTI.

VOLUME III: *Diritto e processo costituzionale,* con *Presentazione* di COSTANTINO MORTATI.

VOLUME IV: *Istituzioni di diritto processuale civile.* In Appendice: *Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile (due dialoghi),* con *Presentazione* di ENRICO TULLIO LIEBMAN.

VOLUME V: *La chiamata in garantia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove,* con *Presentazione* di TITO CARNACINI.

VOLUME VI: *La Cassazione civile*, Primo volume, con *Presentazione* di VIRGILIO ANDRIOLI.

VOLUME VII: *La Cassazione civile*, Secondo volume, con *Presentazione* di MAURO CAPPELLETTI.

VOLUME VIII: *Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni*, con *Presentazione* di GIOVANNI PUGLIESE.

VOLUME IX: *Esecuzione forzata e procedimenti speciali. Diritto comparato e ordinamenti storici e stranieri,* con *Presentazione* di VITTORIO DENTI.

VOLUME X: *Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa*. In Appendice: *Bibliografia degli scritti giuridici, politici e letterari di Piero Calamandrei (1906-1958) a cura di A. Mondolfo e M. Cappelletti, con integrazioni e, fino al 1985, con aggiornamenti di C. Cordié*, con *Presentazione* di PAOLO BARILE.

INDICE

DEL TERZO VOLUME

Presentazione (Costantino Mortati) » V

SEZIONE III

DIRITTO E PROCESSO COSTITUZIONALE

I. IL SIGNIFICATO COSTITUZIONALE DELLE GIURISDIZIONI DI EQUITÀ » 3

SOMMARIO: 1. Il fenomeno del moltiplicarsi delle giurisdizioni speciali; punto di vista dal quale qui si studia . — 2. La funzione dell'arbitro amichevole compositore secondo l'articolo 20 Cod. proc. civ. — 3. La funzione delle giurisdizioni speciali « con poteri di amichevoli compositori ». — 4. I due sistemi della formulazione giudiziaria e della formulazione legislativa del diritto. — 5. Tendenze moderne ad allargare i poteri del giudice per ovviare agli inconvenienti del sistema della formulazione legislativa. — 6. Le giurisdizioni di equità: loro posizione nell'ordinamento giuridico dello Stato costituzionale. — 7. Le sentenze dei giudici di equità hanno natura costitutiva o dichiarativa? — 8. Motivi pratici per i quali si sono moltiplicate durante la guerra le giurisdizioni di equità. — 9. Come la speciale funzione delle giurisdizioni d'equità si ripercuota sull'ordinamento interno delle medesime. — 10. Attitudine delle giurisdizioni di equità a trasformarsi in veri e propri organi legislativi. — 11. Il sistema del diritto libero nell'ordinamento giudiziario della Russia comunista. — 12. Funzione sociale delle giurisdizioni d'equità nel momento presente: conclusioni.

II. APPUNTI SUL CONCETTO DI LEGALITA' » 52

PREMESSA » 54

CAPITOLO PRIMO : *Diritto e libertà* » 58

1. Libertà morale e libertà politica. — 2. Diritto e libertà. — 3. La certezza del diritto.

CAPITOLO SECONDO : *La legalità in senso formale* » 64

4. Formulazione del diritto: giustizia del caso singolo e legalità. — 5. Divisione dei poteri e legalità. — 6. Giustizia e politica. — 7. La formulazione del diritto negli ordinamenti positivi. — 8. Sospensione e corruzione della legalità. — 9. La certezza del diritto soggettivo e il suo valore morale. — 10. Irretroattività della legge: la certezza del diritto nel campo penale.

CAPITOLO TERZO : *Critiche al sistema della legalità* » 80

11. La « irrealtà » delle leggi. — 12. La « iniquità » delle leggi. — 13. Le tendenze autoritarie a favore del diritto libero.

CAPITOLO QUARTO : *La legalità in senso sostanziale: lo stato legalitario* » 90

14. La legalità nella formazione della legge. — 15. Il principio democratico: partecipazione di tutti i cittadini alla formazione della legge. — 16. La sovranità popolare. — 17. L'idea liberale come limite e complemento dell'idea democratica: i « diritti di libertà ». — 18. Critica dei diritti di libertà: a) Il totalitarismo. — 19. Critica dei diritti di libertà: b) La giustizia sociale.

CAPITOLO QUINTO : *Osservazioni conclusive sul concetto di legalità* » 113

20. Legalità e autorità. — 21. Legalità e uguaglianza. — 22. Legalità e giustizia.

III. COSTRUIRE LA DEMOCRAZIA (Premesse alla Costituente) » 127

A. - *La crisi della legalità.* — I. Crisi comunista e crisi nazifascista. — II. La legalità nella democrazia. — III. Il nazismo distruttore della legalità. — IV. Il fascismo falsificatore della legalità. — V. Il disprezzo delle leggi. — VI. Libertà, condizione di legalità. 127

B. - *Nel limbo istituzionale.* — I. Costituente a scoppio ritardato. — II. Forzata sosta tra due tappe di una rivoluzione. — III. La pia illusione della continuità costituzionale. — IV. La frattura costituzionale operata dal decreto del 25 giugno 1944. — V. Il compromesso della « tregua istituzionale ». — VI. L'obbligo reciproco della buona fede. — VII. Tregua anche nell'epurazione? — VIII. Alla vigilia del governo provvisorio. — IX. Nemo iudex in re sua. 135

C. - *Sulla riforma dei codici.* — I. La truffa delle etichette. — II. Disinfezione provvisoria e riforma definitiva. — III. La codificazione truccata. — IV. Prima la costituzione e poi i codici. — V. Codificazione e rivoluzione. — VI. Ritorno immediato ai codici precedenti? 151

D. - *Governo e Costituente.* — I. Il problema. — II. Il governo prima della costituente. — III. Il governo durante la costituente. 161

E. - *Costituente e questione sociale.* — I. Forme istituzionali e sostanza economica. — II. Le libertà politiche, condizione della vita democratica. — III. Carattere negativo dei diritti di libertà. — IV. La crisi delle libertà politiche. — V. I diritti sociali. — VI. Il problema pratico della soddisfazione dei diritti sociali. — VII. La prova del fuoco della prossima costituente. 170

F. - *L'avvenire dei diritti di libertà.* — I. La crisi della libertà. — II. Libertà individuali e democrazia. — III. Libertà, garanzia di espansione sociale. — IV. Struttura giuridica dei diritti di libertà. — V. Evoluzione storica dei diritti di libertà. — VI. Discredito delle libertà borghesi. — VII. Apparizione dei « diritti sociali » — VIII. Giustizia, condizione di libertà. — IX. Struttura giuridica dei diritti sociali. — X. Democrazia politica e democrazia sociale. — XI. Garanzie dei diritti di libertà. 183

G. - *Costituente italiana e federalismo europeo.* 211

IV. POTERE GIUDIZIARIO E SUPREMA CORTE COSTITUZIONALE. Relazione alla commissione per la costituzione (II[a] sottocommissione) sul potere giudiziario e sulla suprema corte costituzionale » 215

I. Del Potere Giudiziario. — II. Della Suprema Corte Costituzionale

V. STATO FEDERALE E CONFEDERAZIONE DI STATI » 226

VI. LA COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA » 234

1. Le origini. — 2. Gli organi costituzionali. — 3. I diritti individuali e le loro garanzie.

VII. LA CONVOCAZIONE DELL'ASSEMBLEA COSTITUENTE EUROPEA » 249

I. Premesse politiche. — II. Lo scopo da raggiungere: Federazione non Unione. — III. Nascita di uno Stato federale. — IV. L'assemblea costituente europea. — V. Assemblea non di Stati, ma di popoli. — VI. L'assemblea europea, organo internazionale. — VII. La conferenza preliminare dei governi. — VIII. Unione provvisoria degli Stati per deliberare lo statuto dell'assemblea costituente europea. — IX. Quale dovrebbe essere il contenuto di questo « Statuto della costituente europea » su cui dovrebbero mettersi preliminarmente d'accordo mediante un trattato i rappresentanti dei governi aderenti all'idea della Federazione europea? — X. Ratifica del trattato per

la convocazione della costituente europea. — XI. La convocazione automatica dell'assemblea. — XII. Il Comitato esecutivo. — XIII. L'entrata in vigore automatica della costituzione.

VIII. SULLA FUNZIONE DEL TRIBUNALE SUPREMO MILITARE IN RELAZIONE ALL'ART. 111 DELLA COSTITUZIONE » 267

IX. DISEGNO PRELIMINARE DI COSTITUZIONE MONDIALE: PRESENTAZIONE AI LETTORI ITALIANI » 270

X. PREFAZIONE A UN LIBRO SULLA COSTITUZIONE ITALIANA » 285

XI. CENNI INTRODUTTIVI SULLA COSTITUENTE E SUI SUOI LAVORI » 288

SOMMARIO: — 1. Significato storico della Costituzione. — 2. I quattro periodi costituzionali dal crollo del fascismo alla Repubblica. — 3. Il tentativo di restaurazione monarchica del 25 luglio 1943. — 4. Pluralità di ordinamenti giuridici in contrasto dall'8 settembre 1943 al giugno 1944. — 5. Il compromesso tra dinastia e partiti antifascisti nell'aprile 1944: la luogotenenza. — 6. Il decr. l. lt. 25 giugno 1944 n. 151, costituzione provvisoria fino alla Costituente; la Consulta. — 7. La tregua istituzionale. — 8. Il decr. l. lt. 15 marzo 1946 n. 98: il referendum istituzionale. — 9. Limiti ai poteri della Costituente. — 10. Discussioni della Costituente sui propri poteri. — 11. Lavori preparatorî della Costituzione. — 12. Conseguenze della duplice funzione dell'Assemblea. — 13. Sguardo generale all'intelaiatura della Costituzione: l'ordinamento della Repubblica. — 14. Diritti e doveri dei cittadini. — 15. Quello che resta ancora da fare.

XII. LA ILLEGITTIMITA' COSTITUZIONALE DELLE LEGGI NEL PROCESSO CIVILE » 337

Lettera dedicatoria al prof. Enrico Redenti » 339

CAPITOLO PRIMO : *Il sindacato di costituzionalità sotto il cessato ordinamento* » 347

1. Posizione dei problemi. — 2. Varî caratteri e tipi di sindacato sulle leggi. — 3. Il sindacato giudiziario nel cessato ordinamento: sindacato formale di costituzionalità sulle leggi. — 4. Sindacato materiale di legalità sui regolamenti.

CAPITOLO SECONDO : *Nozione di « illegittimità costituzionale »* » 354

5. Leggi ordinarie e leggi costituzionali: legalità ordinaria e super-legalità costituzionale. — 6. Su quali norme si estende il sindacato. — 7. Diverse possibili figure di contrasto tra la legge ordinaria e la costituzione. — 8. Analisi dei varî casi di illegittimità costituzionale delle leggi ordinarie: A) Incompetenza. — 9. B) Eccesso di potere. — 10. C) Violazione di legge costituzionale: a) di legge formale; b) di legge sostanziale. — 11. Sindacato politico sulle leggi. — 12. Sindacato di legittimità sulle leggi costituzionali.

CAPITOLO TERZO : *Il procedimento per la dichiarazione di illegittimità costituzionale* » 370

13. Sindacato incidentale e sindacato principale; sistema intermedio adottato dall'ordinamento italiano. — 14. La « pregiudiziale costituzionale » nel processo civile: facoltà del giudice di respingerla come « manifestamente infondata ». — 15. Possibili inconvenienti di questo sistema. —16. Irrilevanza della questione pregiudiziale e interesse di chi la rileva. — 17. Il procedimento dinanzi alla Corte: legittimazione. — 18. Se il sindacato di legittimità abbia carattere giurisdizionale. — 19. Raffronto con istituti affini. — 20. Carattere dichiarativo o costitutivo della decisione della Corte: nullità o annullamento? — 21. Fondamento razionale del sindacato di legittimità in senso materiale: conflitto di leggi o conflitto di poteri?

CAPITOLO QUARTO : *Effetti del giudizio di legittimità sul processo civile* » 404

22. Se il giudice ordinario rimanga competente a dichiarare la nullità delle leggi mancanti dei requisiti formali. — 23. La sospensione del processo: quando sia necessaria e quanto duri. — 24. A norma di quale legge debba essere decisa la causa in cui è stata proposta la pregiudiziale di costituzionalità.

XIII. LE RESPONSABILITA' MILITARI CHE LA COSTITUZIONE ITALIANA ASSEGNA AL CAPO DELLO STATO, AL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO, AL MINISTRO DELLA DIFESA, IN CONFRONTO CON LA COSTITUZIONE DEGLI U.S.A., DELL'INGHILTERRA E DELLA FRANCIA » 413

XIV. LA LIBERTA' DI STAMPA » 432

Il mistero della carta stampata. — La libertà di stampa è in pericolo. — Il progetto di legge sulla stampa. — I fasti della censura preventiva. — La libertà di stampa e i problemi della donna. — Il dramma di Caterina Rigoglioso. —La stampa e l'educazione dei figli.

XV. IL SIGNIFICATO COSTITUZIONALE DEL DIRITTO DI SCIOPERO » 443

SOMMARIO: — 1. Lo sciopero secondo l'art. 40 della Costituzione; limiti del presente studio. — 2. Diverse possibili figure di rilevanza giuridica dello sciopero: sciopero-delitto, sciopero libertà, sciopero-diritto. — 3. Carattere collettivo dello sciopero: proclamazione ed esecuzione. — 4. Titolarità del diritto di sciopero: la collettività o il singolo lavoratore? — 5. Lo sciopero, come potere collettivo di proclamarlo. — 6. Lo sciopero, come diritto individuale di attuarlo. — 7. Carattere costituzionale di ambedue questi momenti. — 8. Evoluzione dello sciopero. — 9. Polemica della Costituzione contro l'odierno ordinamento sociale del lavoro. — 10. L'autonomia sindacale, come strumento di trasformazione sociale. — 11. Lo sciopero come mezzo per ristabilire l'equilibrio economico nelle competizioni sindacali. — 12. L'efficacia normativa del potere di sciopero. — 13. Conseguenze giuridiche già acquisite del diritto di sciopero. — 14. Premesse costituzionali delle future leggi regolatrici.

XVI. INCOSCIENZA COSTITUZIONALE » 470

XVII. LIBERTA' DI STAMPA E LIBERTA' DELLA CULTURA » 481

XVIII. IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE DELLE LEGGI » 485

XIX. GLI ASPETTI GIURIDICO-COSTITUZIONALI DEL PROCESSO RENZI E ARISTARCO » 489

XX. LA COSTITUZIONE E LE LEGGI PER ATTUARLA » 511

l compromesso costituzionale iniziale. — L'inadempimento costituzionale. — La Costituzione di fatto diversa da quella di diritto: cause, effetti, e previsioni.

XXI. VIVA VOX CONSTITUTIONIS » 596

XXII. LA SUPPLENZA PRESIDENZIALE » 602

XXIII. CORTE COSTITUZIONALE E PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA » 606

XXIV. CORTE COSTITUZIONALE E AUTORITA' GIUDIZIARIA » 609

SOMMARIO: § I. — *Meccanismo processuale e lacune del sindacato di legittimità costituzionale* 610

1. Indispensabile coordinazione tra Autorità giudiziaria e Corte costituzionale. — 2. La legge non ammette un'azione di illegittimità esercitabile in via principale dal singolo. — 3. L'eccezione di illegittimità in via incidentale. — 4. Azione in via principale tra Stato e regioni. — 5. Legittimazione e occasione giudiziaria per sollevare la questione in via incidentale. — 6. La *fictio litis* per creare l'occasione giudiziaria. — 7. Leggi che sfuggono al sindacato: unico rimedio, il rifiuto di promulgazione.

§ II. — *Repartizione di competenza tra Corte costituzionale e Autorità giudiziaria.* 621

8. Principio fondamentale. — 9. Competenza esclusiva dell'A. g. sul giudizio preliminare di rilevanza. — 10. Competenza asimmetrica e puramente delibativa dell'A. g. sulla fondatezza. — 11. Diversi tipi di illegittimità costituzionale. — 12. La Corte non fa distinzione tra essi: esecutorietà (applicabilità) delle leggi viziate da illegittimità costituzionale. — 13. Incompetenza dell'A. g. a decidere *incidenter tantum* le questioni di illegittimità costituzionale. — 14. Opinione contraria per le leggi anteriori alla Costituzione. — 15. Argomenti di ordine giuridico contro tale opinione. — 16. Argomenti di ordine politico id. id. — 17. Necessità di una soluzione integrale del problema.

§ III. — *Possibili conflitti tra Corte costituzionale e Autorità giudiziaria.* 639

18. Casi in cui l'A. g. rimetta alla C.c. questioni di illegittimità manifestamente infondate. — 19. Casi in cui l'A. g. non rimetta alla C.c. questioni di illegittimità che non siano manifestamente infondate. — 20. Casi di un vero e proprio conflitto di attribuzioni: soluzione.

§ IV. — *L'azione unificatrice della Corte di cassazione sul sindacato di legittimità costituzionale* 646

21. L'art. 111 della Costituzione e la sua funzione in tema di sindacato di legittimità costituzionale. — 22. Organi giurisdizionali che sfuggono al controllo della Corte di cassazione: inconvenienti.

§ V. — *Collaborazione tra la Corte costituzionale e la Corte di cassazione per la interpretazione evolutiva della Costituzione.* 648

23. La C.c. contro l'inerzia del legislatore: azione immediata. — 24.

Azione mediata attraverso la giurisprudenza: carattere *lato sensu* politico della giurisprudenza della C.c. — 25. Confluenza giurisprudenziale della C.c. e della A. g. nella interpretazione della Costituzione. — 26. Coordinamento organico tra la Corte costituzionale e la Corte di cassazione.

XXV. LA COSTITUZIONE SI È MOSSA » 655

XXVI. LA PRIMA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE » 658

XXVII. SULLA NOZIONE DI « MANIFESTA INFONDATEZZA » » 668

XXVIII. QUESTA NOSTRA REPUBBLICA » 673

56F2-2HX-TW2T

PRESENTAZIONE
di
COSTANTINO MORTATI

1. — *Il criterio adottato di far seguire in questo terzo volume gli scritti di Piero Calamandrei, dedicati a « diritto e processo costituzionale » a quelli che compongono i primi due, aventi ad oggetto rispettivamente i saggi intorno alla « dottrina generale del diritto e del processo », e a « magistratura, avvocatura, studio ed insegnamento del diritto » appare particolarmente idoneo a mostrare l'intima coerenza, nella successione del tempo e nel mutare delle vicende, del pensiero dell'Autore, ed a meglio fare intendere il profondo significato delle idee direttive che lo animano.*

Uno dei motivi fondamentali della Sua opera è infatti costituito, come ha già rilevato il Cappelletti, dalla chiara consapevolezza degli stretti nessi che collegano il diritto processuale al diritto costituzionale, inteso nella sua vera essenza, quale ad esso è data non già dalle formule legali, bensì dalla costituzione materiale, dal complesso cioè delle ideologie, dei valori che informano di sè ogni ordinamento, delle forze sociali che li rendono operanti e determinano l'effettivo funzionamento degli istituti giuridici.

L'opinione (cui del resto lo stesso Autore ebbe una volta a dar credito) di un'evoluzione del suo pensiero, che sarebbe passato da una impostazione nettamente dogmatica e sillogistica del diritto e del processo (quale si sarebbe palesata particolarmente nello scritto giovanile su « La genesi logica della sentenza civile ») alla comprensione dei fattori ideologici e sociologici che influenzano i procedimenti dell'attuazione giudiziale del sistema normativo, risulterebbe forse ridimensionata da un esame più analitico dello scritto medesimo. Infatti la raffigurazione in esso contenuta, della sentenza quale progressione di sillogismi a catena, era assunta a significare il carattere razionale proprio del ragionamento che conduce alla decisione, senza tuttavia escludere, ed anzi postulando, che nella successione dei sillogismi, accanto

a quelli la cui premessa maggiore risulta costituita da una precisa norma di legge che l'interprete dichiara per confrontare ad essi il fatto, non possono mancarne altri per i quali si rende necessario, a causa della indeterminatezza delle formule legislative, che il giudice costruisca « non più come giurista », ma come « uomo vivente nella società del suo tempo » la norma integrativa di quella legale. E quanto ampio sia il campo rilasciato a tale attività del giudice risulta dalla accurata elencazione dei casi pei quali deve farsi ad essa ricorso. Non vale opporre che il C. contesta il carattere discrezionale della medesima, muovendo dalla considerazione che essa si concreta in atti intellettivi, non già di volizione, a differenza di quanto avviene allorchè la legge consente la libera determinazione degli effetti dei comportamenti accertati in giudizio, poichè, se una differenza sussiste fra i due casi, essa è solo di indole quantitativa, dato che nell'uno e nell'altro si rende necessaria la formulazione dei criteri giustificativi della decisione emessa, affidata non solamente ad operazioni di deduzione logica, ma in più ampia misura, come lo stesso A. espressamente riconosce, alla personalità del giudice, al grado della sua sensibilizzazione alla coscienza morale del popolo di cui fa parte.

E' sembrata opportuna tale precisazione perchè il punto considerato si collega all'ispirazione dominante del pensiero di Calamandrei secondo cui la funzione più propria dell'ordine giuridico è di assicurare, con la certezza del diritto, la prevedibilità da parte dei soggetti delle conseguenze dei rapporti da loro instaurati. Se è vero che secondo quel pensiero l'esigenza della certezza trova la sua più perfetta soddisfazione nel principio di legalità, che importa la separazione fra il momento della produzione normativa (affidata ad organi politici, i quali, disponendo in via generale ed astratta, rimangono svincolati da situazioni ed interessi particolari), ed il successivo momento dell'applicazione della legge ai rapporti concreti (per opera di organi diversi dai primi e posti in posizione di piena indipendenza da essi, e di imparzialità rispetto alle parti contendenti), è altrettanto vero che costante è in esso la consapevolezza dei presupposti e delle condizioni necessarie pel pieno spiegarsi dei benefici effetti del principio stesso.

Tale consapevolezza emerge nel modo più chiaro nell'altro saggio giovanile su « Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità » (1920), nel quale sono messi in rilievo i requisiti che, allo scopo ora detto, sono da richiedere sia nel legislatore che nel giudice. Se il primo non sia sufficientemente informato degli eventi che richiedono il proprio intervento, o non sollecito a coglierne i mutamenti ed a farvi corrispondere un'adeguata disciplina normativa, o non idoneo a sottrarla alla pressione di interessi di parte, trasformandola così in legislazione di classe, e se il secondo, per la sua stessa preparazione ed abito men-

tale, si palesi inadatto ad intendere la sostanza sociale dei rapporti sottoposti al suo giudizio, allora, proprio per meglio assicurare la funzione del diritto, si presenta imperiosa l'esigenza, di affidare la produzione delle regole relative ai rapporti pei quali la disciplina generale ed astratta verrebbe a sacrificare i valori della giustizia, ad organi formati secondo criteri di specializzazione, atti a garantirne la concordanza ai fattori, alle tendenze, alle aspirazioni vive nel seno della società. In tale orientamento non deve vedersi alcuna concessione alle scuole del « diritto libero », contro cui costante è la polemica, dato che la formulazione delle regole applicabili di volta in volta ai casi controversi non è abbandonata all'arbitrio del giudice, e tanto meno ad ideologie totalitarie imposte da governi tirannici, dovendo invece essere desunta da fonti diversamente qualificabili (come quelle dell'equità sociale, del diritto naturale, della giustizia), ma pur sempre precostituite, tali da fare assumere alle pronuncie che vi si richiamano valore non già costitutivo bensì dichiarativo, e da renderle perciò suscettibili di dar vita a prassi che aprono la via alla successiva consacrazione delle regole così formulate in norme di legge.

In conclusione, diritto legale e diritto giudiziale, operanti in ambiti diversamente estesi, secondo che si verta in epoche di stabilità oppure di rapide trasformazioni sociali, non potrebbero assicurare nè la certezza, nè la giustizia, se legislatore e giudice non traessero la loro ispirazione dal comune humus *costituito dalla coscienza etica di una libera comunità.*

2. — *Le lezioni su « Il principio di legalità », tenute nel 1944 subito dopo il crollo del fascismo, seguono la scia dell'ispirazione che aveva animato i primi scritti e ne svolgono le implicazioni, mettendo in rilievo la distinzione da porre fra la legalità in senso sostanziale e l'altra meramente formale, e mostrando come a realizzare la prima, la sola capace di operare quale fattore di consolidamento e di garanzia dei rapporti sociali, si renda necessario che la legge emani da organi di libera investitura popolare e rimanga limitata dal rispetto dei valori inviolabili dell'autonomia dei singoli (nella misura necessaria all'affermazione della personalità di ciascuno), nonchè dell'uguaglianza di trattamento nei rapporti che ad essi si riferiscono. Se una differenza di tono è dato rilevare nei due scritti, essa riguarda la valutazione del diritto giudiziale, cui ora si contesta ogni idoneità ad interpretare la voce della collettività e si imputa di polverizzare la giustizia in arbitrî isolati. Sembra tuttavia facile spiegarla quando si pensi al tempo di redazione del secondo scritto che riflette il naturale senso di reazione contro il potere che era stato attribuito a giudici privi di ogni garanzia di indipendenza. Ricreato uno* status *di autonomia dell'ordine giudi-*

ziario, rifioriscono naturalmente, con rinnovato vigore, le concezioni equitative dell'ordine giuridico, il riconoscimento di un ineliminabile potere creativo del giudice, ed altresì l'affermazione del suo dovere di fedele applicazione delle leggi, anche di quelle che si palesino sostanzialmente ingiuste. Dovere desunto dall'esigenza di tener distinta la sfera del jus conditum *da quella del* jus condendum, *ma che trova la sua vera giustificazione nell'esistenza di un assetto statale il quale consenta la rapida adeguazione all'imperativo della giustizia da parte della legge che se ne sia discostata. Pertanto la certezza che si fa derivare dall'obiettiva osservanza della legge, vale a conferire al diritto la sua « specifica eticità » (nel senso illustrato dal Lopez) solo quando sussistano i fattori che consentano l'esplicarsi della dialettica di legalità e giustizia.*

3. — *Alla piena realizzazione di tali fattori di certezza rivolse Calamandrei ogni sua attività affinchè il nuovo ordine che la nazione si accingeva a darsi riuscisse informato ai valori della Resistenza. Il titolo dato alla raccolta degli scritti di quel periodo: « Costruire la democrazia » bene esprime la concezione che li ispira, raccogliendoli in organica unità. Si trattava di diffondere la consapevolezza delle premesse necessarie per assicurare la vitalità delle nuove strutture statali e di risvegliare nelle coscienze il sentimento del carattere rivoluzionario inerente alla decisione costituente, affermando (in opposizione ai tentativi di utilizzare l'equivoco regime luogotenenziale a sostegno dell'asserita continuità dello Stato) la rottura di ogni legame con le vecchie istituzioni. Contro l'illegalismo fascista era necessario educare al rispetto della legalità; contro le negazioni del diritto subiettivo riaffermare l'inviolabilità delle libertà, di tutte le libertà, fra loro strettamente solidali, perchè tutte concorrenti a garantire quell'attiva partecipazione del singolo alla vita politica del paese, con cui sta o cade ogni regime democratico; contro l'eguaglianza meramente formale degli ordinamenti liberali, proclamare la necessità di una sua integrazione con quella sostanziale, basata sull'eliminazione del privilegio economico ed il conferimento di una diffusa omogeneità all'assetto societario. La convinzione che a questa rimane, in definitiva, affidato di conferire ad ogni regime popolare una solida base induce ad assegnare importanza preminente e prioritaria alla soluzione della questione sociale. Ma di essa si prospetta anche la pratica difficoltà, per la resistenza opposta dalle forze di conservazione, così da farla considerare quale vera prova del fuoco del costituente, alla quale tuttavia esso non si sarebbe potuto sottrarre, pena il fallimento dell'intera sua opera.*

A completare il quadro delle implicazioni dell'assetto democratico dello Stato viene prospettato poi il motivo del federalismo europeo,

inteso in una sua funzione integrativa del medesimo, esplicabile in duplice senso: anzitutto come naturale sviluppo del principio solidarista che ne sta a base, rendendolo operante al di là dei confini nazionali, in comunità dapprima raggruppanti fra loro nuclei di Stati legati da maggiori affinità, e poi estese fino a comprendervi tutti i popoli; in secondo luogo quale mezzo di rafforzamento della tutela delle libertà costituzionali, attribuita in ultimo grado all'organizzazione supernazionale. Il motivo riceve successivi svolgimenti nei saggi del 1947 e del 1948, in cui, mostrata l'insufficienza della confederazione a conseguire i risultati attesi dall'unità europea, ed indicate le tappe da percorrere e gli strumenti da adoperare per pervenire alla formazione di un ordinamento federativo, è messo in rilievo come i vincoli contratti dagli enti che entrano a comporlo, costituiti su una base paritaria, mentre non li pongono in condizioni di inferiorità, si risolvono poi in un arricchimento della personalità dei cittadini dei singoli stati, che così entrano a far parte di una patria più grande.

4. — *La lucida e realistica visione dell'inscindibile connessione fra i vari elementi concorrenti alla restaurazione democratica e delle difficoltà opposte alla loro attuazione faceva apparire necessario al Calamandrei il rapido inizio dell'attività della Costituente, affinchè non andasse disperso o si attenuasse il clima di rinnovamento suscitato dalla Resistenza, l'eccitamento di vitalità popolare che n'era derivato. Sicchè divenne angosciosa per Lui la lunga sosta, imposta dagli eventi bellici, e poi dalla volontà ritardatrice delle potenze occupanti, all'attuazione della decisione costituente, e più ancora le manovre rivolte ad attentare ai poteri sovrani dell'Assemblea ed i tentativi di rottura, a favore della monarchia, della tregua istituzionale.*

Convocata finalmente la Costituente, Egli ne fu uno dei protagonisti più autorevoli, portando nella formazione della nuova costituzione, oltre al contributo più specifico della sua competenza di processualista, nella predisposizione della parte del progetto dedicato al potere giudiziario ed alla Corte costituzionale, un'appassionata difesa degli essenziali valori etico-politici che avrebbero dovuto reggere i muri maestri della nuova repubblica democratica, e che rimase sempre illuminata dalla realistica convinzione della labilità degli istituti giuridici non radicati su una solida struttura della società sottostante. Così, sotto l'aspetto organizzativo, al riconoscimento della necessità del governo della maggioranza, come ineliminabile mezzo di attuazione della sovranità popolare, si accompagna l'ammonimento secondo cui il principio maggioritario per riuscire fruttuoso, avrebbe dovuto, per una parte, trovare la sua sostanziale legittimazione nel concorso alla formazione delle élites *dirigenti di tutte le classi sociali, rese idonee a tale compito*

dalla diffusione dell'istruzione e, per l'altra, soddisfare l'esigenza della stabilità dell'indirizzo politico governativo. La basilare importanza attribuita a quest'ultima, giustamente considerata come il problema fondamentale della democrazia, lo rese convinto assertore dell'adozione della forma di governo presidenziale, che nello stesso periodo era stato patrocinata in Francia da Leon Blum, e, contro l'opinione della maggioranza, che scorgeva in essa una porta aperta all'avvento della dittatura, faceva osservare che pericoli di tal fatta sorgono piuttosto (com'è dimostrato, dall'esperienza, nel continente europeo, dei regimi parlamentari post-bellici) dalla frequente instabilità dei governi, ed inoltre che illusori dovevano ritenersi i rimedi della disciplina del voto di fiducia, quali quelli che ebbero poi a trovare consacrazione nella costituzione. La diffidenza per ogni innovazione della tradizione, propria della maggioranza dell'Assemblea in cui era dominante una forma mentale di tipo ottocentesco, (così da far dire al Nostro che in molti istituti era facile riconoscere lo Statuto Albertino tradotto in linguaggio repubblicano) fece respingere anche le proposte di adattamenti ai nuovi tempi del regime parlamentare (che da varie parti ed anche dallo stesso Calamandrei erano state avanzate) nel senso di dar vita a congegni suscettibili di promuovere e sostenere coalizioni di partiti intorno al capo del governo, per la realizzazione di un programma fra essi concordato. L'odierno rifiorire di movimenti di opinione pubblica, orientati nella direzione allora prospettata, mostra quanto lungimirante senso della realtà fosse nelle vedute di coloro cui spesso si rimproverava un eccesso di astrattezza. Lo stesso spirito di concretezza conduceva a prospettare i gravi dubbi derivanti dal conferimento, senza i necessari correttivi, dell'autonomia politica a regioni dominate da caste reazionarie o da clientele locali.

Sotto il riguardo poi della disciplina dei diritti e doveri dei cittadini, la polemica del Calamandrei venne rivolta ad oppugnare la tendenza a far valere quali attributive di vere e proprie situazioni giuridiche soggettive, camuffandole da norme giuridiche, proclamazioni sfornite in realtà di ogni valore precettivo, in quanto mere regole morali, o propositi, o programmi per i quali non venivano predisposti i mezzi necessari ad assicurarne la realizzazione. In questo motivo polemico, espresso nel memorabile discorso, significativamente intitolato alla « Chiarezza nella costituzione », e ripetuto poi negli scritti su « La costituzione italiana » e nei « Cenni introduttivi sulla costituente », si riflette la varietà dei sentimenti presenti nel Suo spirito. Da una parte, il rammarico ed il rimpianto per l'occasione lasciata disperdere, per gli ostacoli frapposti da forze esterne ed interne, all'attuazione delle riforme di struttura che avrebbero dovuto accompagnarsi all'instaurazione repubblicana, e la delusione della « rivoluzione promessa » posta a com-

penso di quella « mancata »; dall'altra il peso esercitato dalla concezione a Lui congeniale della funzione del diritto come fonte di certezza, cui ripugnava la genericità e vaghezza di disposizioni insuscettibili di far sorgere veri obblighi e di essere protette da effettive garanzie. Corrispondeva a questa concezione la proposta, avvertita come un debito di lealtà, di trasferire siffatte pseudo-norme in un « preambolo », con esplicita dichiarazione del loro carattere non attuale ma preparatorio del futuro.

E' facile però rendersi conto come la prevalenza che così veniva ad assumere lo scrupolo del giurista sulla più larga visione del politico non è, negli stessi scritti ricordati, tanto piena come potrebbe sembrare a prima vista, ed in ogni caso ha trovato in successive meditazioni un superamento. Se il semplice trasferimento in un « preambolo » dei principi fondamentali che precedono le due parti della costituzione avrebbe esercitato ben poca influenza sulla qualificazione giuridica da attribuire loro (e basta ricordare in proposito quanto è avvenuto in Francia di fronte alla costituzione del 1946, la quale raccoglieva appunto in un preambolo la materia delle classiche dichiarazioni dei diritti), viceversa l'espresso disconoscimento che, in ordine ad essi, fosse stato fatto di valore vincolante, avrebbe sottratto alla giurisprudenza ogni libertà di svolgerne le implicazioni, positivizzandole almeno in parte, ed ostacolato l'assolvimento anche della funzione che pure innegabilmente ad essa compete (come il Calamandrei riconosce) impeditiva dell'efficacia delle norme che vi contrastassero. L'avere dato alle proclamazioni più generali dignità di principi fondamentali ha reso possibile di assumerle a criterio interpretativo di quelle fra le disposizioni successive, rispetto alle quali poteva apparire fondato il rimprovero di contraddittorietà, in modo da far prevalere quella parte o quel significato delle medesime risultanti meglio in accordo con i valori consacrati nei principi. Ed analoga funzione esse vengono ad assumere per consentire un'esatta interpretazione della portata da assegnare agli strumenti predisposti dalla costituzione proprio per promuovere l'attuazione di quelli fra i principî stessi che tendono ad eliminare diseguaglianze troppo marcate di posizione sociale.

5. — *In siffatto conflitto latente fra la delusione del giurista legalitario, volto alla certezza, e la fede dell'appassionato combattente per l'instaurazione di un* novus ordo, *è quest'ultima che prevale e fa proclamare il carattere « sacro » della costituzione, emersa da tanto travaglio di popolo, vittoriosa su tanti palesi ed occulti nemici, e perciò destinata a durare ed a consolidarsi, e fa scorgere in essa, pur con le sue lacune ed insufficienze, il faro da cui la nazione avrebbe dovuto trarre ispirazione nel suo cammino verso l'avvenire. E' questa fede nel*

valore di « messaggio », rivestito dalla costituzione per chi resta fedele alla Resistenza, che alimenta di inesausto fervore la Sua opera di scrittore e di parlamentare dopo l'equivoco del « plebiscito » del 18 aprile, e fino alla Sua morte. Essa si rivolge verso due direzioni. La prima dedicata a diffondere la conoscenza del nuovo ordine, necessaria per la ricostruzione di ogni ramo delle discipline giuridiche, per la trasformazione della sensibilità costituzionale degli operatori del diritto, ed altresì per suscitare nei cittadini la consapevolezza della propria responsabilità civica. A questo compito sono indirizzati sia gli scritti di carattere generale: « La costituzione della Repubblica italiana », la « Prefazione ad un libro sulla costituzione italiana », ed i cenni introduttivi su « La costituente ed i suoi lavori », premessi all'ampio « Commentario sistematico alla costituzione italiana », predisposto per Sua iniziativa e condotto sotto la Sua direzione, sia infine altri illustrativi di singole norme o istituti.

Più rilevante, fra questi ultimi, il saggio « Significato costituzionale del diritto di sciopero », magistrale ricostruzione della situazione giuridica di vantaggio riconosciuta alle collettività dei lavoratori, come mezzo per ristabilire l'equilibrio economico nelle controversie sindacali, e perciò espressione di potere normativo unilaterale delle collettività stesse. Nella legalizzazione dello sciopero, derivata dalla sfiducia nei mezzi di intervento della classe borghese, è vista realizzata l'esigenza di affidarsi alla lotta di classe come strumento necessario all'attuazione dell'imperativo del 2° comma dell'art. 3. Vi è qui l'esplicito riconoscimento del « piano di battaglia » predisposto dalla costituzione, contro i privilegi e per realizzare una trasformazione della struttura sociale tale da trascendere i meri rapporti di lavoro subordinato. Da tali premesse è fatta derivare una serie di limiti costituzionali imposti al legislatore affinchè la disciplina del diritto, da effettuare ai sensi dell'art. 40, non riesca tale da svuotarlo degli attributi che lo caratterizzano e così farne venire meno la funzione.

L'altro compito perseguito in questo periodo, con animo di apostolo, è quello rivolto a mantenere desto nelle coscienze l'impulso rinnovatore che aveva dato vita alla costituzione, ed all'implacabile denuncia degli inadempimenti costituzionali, corrispondenti ai propositi, malamente occultati, delle forze politiche di maggioranza di conservare, sotto l'etichetta della « repubblica democratica fondata sul lavoro », tutto il ciarpame della legislazione monarchico-fascista, rinviando sine die *la formazione degli istituti che avrebbero dovuto dare un nuovo volto al Paese.*

« Incoscienza costituzionale », pubblicato nel 1952, alla fine della più fallimentare delle legislature repubblicane (che si concluse con il tentativo di sopprimere, attraverso un assurdo congegno elettorale, la

condizione stessa del regime rappresentativo democratico) e « La costituzione e le leggi per attuarla », redatto nel 1955, alla scadenza del primo settennato presidenziale ed a 10 anni dalla Liberazione, costituiscono un formidabile atto di accusa contro il tradimento degli ideali che avevano accomunato tutto il popolo nella lotta contro il vecchio regime. La crociata anticomunista era assunta a pretesto per violare, con ogni specie di mezzi, dalla semplice omissione all'« ostruzionismo di maggioranza », tutti gli imperativi costituzionali, proponendone anzi la revisione, prima ancora di averli attuati. Il quadro che risulta da questa inesorabile denunzia è agghiacciante ed offre valida ragione della qualifica di attentato alla costituzione data al « dichiarato dispregio della sua santità », all'« ostentata miscredenza verso quella religione senza dogmi che è il fondamento non scritto dei governi democratici ».

Alla mancata attuazione dei precetti costituzionali si aggiungeva l'interpretazione in senso restrittivo di quelli cui si diceva volersi dare un principio di attuazione, così da segnare un vero arretramento rispetto alle posizioni raggiunte. Questo accadeva a danno della fondamentale fra tutte le libertà: la libertà di manifestazione del pensiero, nella sua espressione più tipica, quale quella che si giova del mezzo della stampa. Contro il disegno di legge presentato dal Governo nel 1952, contenente nuove disposizioni sulla stampa, si levò la voce di Calamandrei, nella relazione su « Libertà di stampa e libertà della cultura », e su « La libertà di stampa ». Dopo aver messo in rilievo i presupposti che condizionano l'esplicarsi dei benefici effetti della libertà e mostrato come dalla medesima promani un movimento circolare che favorisce la loro produzione, sottopone a rigorosa critica la disposizione che consentiva il sequestro preventivo, anche per opera della polizia, degli stampati, per una numerosa serie di reati a carattere tipicamente politico, compromettendo così la libertà di opinione, di informazione e di opposizione al Governo in carica, e dimostra come tale regime finiva con l'introdurre di fatto l'autorizzazione e la censura preventive.

Allo stesso intento della rivendicazione della libertà di opinione è rivolta la vigorosa critica contro la sentenza emessa dal Tribunale militare di Milano sul caso Renzi-Aristarco (chiamati a rispondere di vilipendio delle forze armate fasciste, per la denunzia effettuata della condotta tenuta dai comandanti nella ignominiosa campagna di Grecia). Questa vicenda giudiziaria faceva emergere in tutta la sua gravità il problema della giustizia militare in tempo di pace, la quale avrebbe potuto avere una ragione d'essere solo se la competenza ad essa assegnata fosse stata intesa nel senso più limitato, a garanzia della disciplina militare, e che veniva invece estesa ai militari in congedo ed ai reati di opinione. La sentenza di condanna dei due pubblicisti si pre-

sentava gravida di tanto pericolo (anche per il carattere contagioso inerente ad essa, alla quale venivano altresì a mancare, a causa dell'inadempimento del precetto costituzionale sul riordinamento del Tribunale supremo, i correttivi del doppio grado di giurisdizione e del controllo della Cassazione) da farla assurgere a sintomo della disgregazione che andava diffondendosi in tutta la società.

6. — *Per contrastare a tale « disfattismo costituzionale » le aspettative e le speranze dovevano concentrarsi nei due supremi organi di garanzia; garanzia positiva, quella di cui è titolare il Presidente della Repubblica (del quale aveva esaminato, con notevole approfondimento, i poteri in ordine al comando delle FF. AA., e studiato, fra i primi, i casi e le modalità relative alla sua supplenza); negativa l'altra affidata all'organo di giustizia costituzionale. Sicchè, quando il messaggio rivolto al popolo italiano nel 1955 dal nuovo Presidente, richiamò i poteri dello Stato alla fedeltà costituzionale, Egli, in contrasto con coloro che ebbero a considerarlo esorbitante dalle competenze presidenziali, ne mise in rilievo la piena corrispondenza ad esse, che, viste nel loro nucleo essenziale, si assommano nella « responsabile vigilanza costituzionale » e fanno del Capo dello Stato la* « viva vox constitutionis ». *La formazione, immediatamente successiva, della Corte costituzionale, che veniva ad eliminare la più grave fra le carenze di cui il legislatore si era reso colpevole, è esaltata, nello scritto « La costituzione si è mossa », come l'evento che segnava l'inizio di una nuova storia, in virtù della funzione che essa veniva ad assumere, non solo dell'assicurazione dei diritti fondamentali, ma anche della formazione nei governanti del senso dei propri doveri e dei propri limiti e nei cittadini della fiducia nei mezzi pacifici della legalità democratica. Funzione che riteneva sarebbe stata esercitata secondo orientamenti non già di conservazione, bensì di trasformazione nel senso indicato dal Costituente.*

L'avvento della Corte condusse a concentrare l'attenzione del Nostro alla sistemazione dommatica del nuovo istituto ed ai problemi che essa sollevava. Ad essi si era rivolto già nel 1946, poichè, quale relatore nella Commissione dei 75 per la materia del potere giudiziario e della Corte, aveva formulato uno schema in 36 articoli, da servire di base per la discussione. Particolarmente significativi, in ordine alla prima di dette materie (oltre ad alcune disposizioni, che, se pure non accolte, corrispondevano ad esigenze di ragione, prima ancora che di diritto, come l'unicità della Cassazione, e ad altre le quali anticipavano orientamenti fatti valere successivamente dalla Corte, come il divieto di restrizioni alla produzione in giudizio di atti, motivato da ragioni di carattere tributario), il principio dell'unicità della giurisdizione, che

avrebbe dovuto importare il concentramento nella giurisdizione ordinaria (integrata, per particolari gruppi di controversie, da cittadini esperti) di ogni specie di attività giurisdizionale, attinente sia a diritti che a interessi, con potere di annullamento dei provvedimenti amministrativi illegittimi, e correlativamente il divieto dell'istituzione di giurisdizioni speciali e la soppressione delle preesistenti. Se rilievi potevano essere formulati sul carattere eccessivamente drastico di queste ultime proposte, è certo che il disegno vagheggiato dal Calamandrei, ed ostacolato dallo spirito tradizionalista della maggioranza, rispondeva all'esigenza di sottrarre l'attuale sistema delle giurisdizioni speciali alla situazione di caos in cui erano, e che va sempre più aggravandosi, anche per il fatto che il Parlamento non ha in alcun modo provveduto a colmare lacune determinatesi in alcuni dei settori della giustizia amministrativa, in conseguenza di pronuncie di incostituzionalità che hanno colpito norme ad essi attinenti.

Le altre proposte, relative al controllo di costituzionalità delle leggi, sono degne di attenta meditazione perchè efficacemente risulta da esse la preoccupazione, per un lato, di eliminare dubbi sulla natura delle funzioni della Corte, informandole per quanto possibile ai principi propri di quelle giurisdizionali (istituzione di un P.M.; presenza necessaria, nei giudizi promossi in modo diretto, della rappresentanza del Governo e del Parlamento; osservanza del principio della separazione dei poteri, nel senso di affidare solo al Parlamento la potestà di far venire meno la legge dichiarata incostituzionale o, alternativamente, di promuovere il procedimento di revisione costituzionale), e per l'altro, di superare gli inconvenienti propri di ciascuno dei sistemi di controllo di costituzionalità (di quelli di tipo diffuso o concentrato, o degli altri che prevedono il promuovimento dell'azione in via incidentale o in via diretta) mediante l'adozione di un sistema misto, che consentisse l'impugnativa diretta al P.M. o all'azione popolare statuendo una diversa efficacia delle decisioni, che si sarebbe dovuta limitare al caso deciso o estendersi erga omnes, *ma sempre nei limiti della mera dichiarazione dell'incostituzionalità.*

7. — *Il richiamo piuttosto dettagliato alle proposte che, sia pure redatte solo per servire di base alle discussioni, riflettevano le più profonde convinzioni del loro Autore, si è reso necessario perchè la conoscenza delle medesime giova a spiegare il Suo atteggiamento riguardo al sistema accolto, in parte di difesa contro eccessi di valutazioni critiche non costruttive (« Il controllo giurisdizionale delle leggi »), in parte di opposizione in confronto a soluzioni ritenute non appaganti. I due principali saggi dedicati al problema, « La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile » e « Corte costituzionale e auto-*

rità giudiziaria », rispettivamente nel 1949 e nel 1956, il primo anteriore, il secondo contemporaneo all'entrata in funzione della Corte, appaiono mirabili (tanto più quando si pensi all'assoluta novità degli istituti ed alla mancanza di contributi dottrinali, se si eccettui la relazione dell'Esposito al congresso di diritto processuale del 1950, ispirata ad una diversa concezione, restrittiva, dei poteri della Corte), per l'estrema acutezza con cui vengono colti gli aspetti più significativi della problematica sorgente dalla disciplina adottata, per la limpida previsione delle difficoltà che la sua applicazione avrebbe fatto sorgere, per la ricerca geniale dei rimedi per potervi ovviare. La vasta e complessa materia trova in quegli scritti la sistemazione più compiuta e più penetrante, l'approfondimento più vigoroso, così da conferire ad essi valore di pietra miliare e di guida sicura nella via che si apriva alla dottrina successiva ed agli stessi orientamenti della giurisprudenza della Corte.

I sette anni decorsi fra il primo ed il secondo degli scritti menzionati segnano un approfondimento ed uno svolgimento del Suo pensiero, promosso in parte dai nuovi testi di leggi, e specie della legge cost. n. 1 del 1953, intervenuti a chiarire dubbi derivanti dalle precedenti formulazioni, ma soprattutto dalla convinzione della necessità di far concorrere il controllo di costituzionalità, fino al massimo limite consentito dal sistema, al superamento della situazione determinatasi per l'inadempimento degli obblighi costituzionali imposti al legislatore.

L'indagine tocca due ordini di questioni: il primo riguardante la natura e l'estensione del sindacato della Corte, nonchè l'efficacia delle sue decisioni; il secondo le questioni sorgenti dal sistema ibrido accolto, accentrato e diffuso nello stesso tempo. La problematica che sorge in ordine alla determinazione della posizione rivestita dalla Corte nel sistema dei poteri dello Stato trova nell'opera del Calamandrei le prime impostazioni nel cui solco si è svolta poi la successiva elaborazione. L'opinione accolta, che considera la funzione della Corte irriducibile a quella giurisdizionale ed assimilabile piuttosto alla legislativa, e la Corte stessa come un « superparlamento », muove dall'affermazione dell'assoluta autonomia del processo costituzionale rispetto a quello di merito e fa leva su due elementi: la mancanza del presupposto del potere di azione, necessario al sorgere di attività giurisdizionale, dato che esso si instaura sulla base di una semplice denuncia e si svolge senza parti necessarie; e l'efficacia erga omnes *attribuita alle sentenze di accoglimento, contrastante con la tradizionale ripartizione dei poteri statali che importa la limitazione al caso controverso degli effetti delle decisioni giudiziarie.*

Non è questa la sede per ricercare se l'opinione stessa, che ha incontrato in seguito larghi consensi, trovi sufficiente fondamento nei

motivi addotti: se effettivamente sia da escludere ogni somiglianza del procedimento avanti alla Corte con quelli delle giurisdizioni di diritto obiettivo; se, a sua volta, la particolare efficacia erga omnes *(che del resto potrebbe in dati casi mancare, come in quello delle leggi singolari, per le quali sembra debba farsi valere anche la necessità del contraddittorio nel giudizio di costituzionalità) non sia strettamente correlativa all'affermata autonomia del procedimento medesimo (anche se delimitato dai motivi dedotti dal giudice* a quo*), che assume a proprio oggetto la legge denunciata non più in funzione di criterio di qualificazione del singolo rapporto controverso, bensì quale atto assoggettato a valutazione di conformità alle norme di grado superiore. Quello che piuttosto preme rilevare è come alla fine sensibilità giuridica del Calamandrei non sfuggisse la « profonda differenza » sussistente fra l'eliminazione della legge derivante dalla pronuncia della Corte e quella disposta dal legislatore, dato che la prima si effettua in virtù della stessa operazione, propria dei tribunali, di applicazione di una legge sopraordinata (e pertanto svolgentesi anch'essa* secundum legem*), mentre la seconda consegue ad un giudizio riguardante la convenienza di sostituire una ad un'altra disciplina normativa.*

Quanto alla qualificazione da dare all'effetto estintivo, all'efficacia ex nunc *o* ex tunc*, della decisione di accoglimento, è da notare che gli scritti in discorso risalgono ad una fase nella quale non era stata sufficientemente chiarita la esatta portata dell'equivoca formula dell'art. 136 (che in un primo momento aveva fatto perfino dubitare dell'applicabilità della decisione al processo* a quo*) e che induceva a far disconoscere ogni suo effetto retroattivo. Ma già ragione di dubbio nasceva dalla considerazione che a tale conclusione si sarebbe dovuto giungere anche quando l'inconstituzionalità fosse derivata da vizio formale, ed anche per quelli sostanziali appariva inespicabile, perchè contrastante con l'indole stessa della pronuncia di annullamento, il mantenere in vita, per una serie di rapporti, la legge che ne risultasse colpita, tanto da indurre a trovare la spiegazione configurando il conflitto come se vertesse non già fra norme ma fra poteri. Questa situazione di incertezza è però ben presto superata e, come si vedrà, ogni cura è successivamente rivolta ad affermare l'assoluta inapplicabilità delle regole valenti per la successione della legge nel tempo alle pronuncie di annullamento, in nessun caso pertanto assimilabili al* jus superveniens.

Considerato alla luce di siffatti svolgimenti, rimane priva di ogni sostanziale rilievo la questione della qualificazione, se legislativa o no, da dare all'attività della Corte: qualificazione legata del resto, almeno per quanto riguarda l'efficacia generale delle sue pronuncie, ad un criterio sostanziale della distinzione fra le funzioni statali che non sembra più valido.

8. — *Gli altri problemi presi in esame sono quelli che sorgono dall'avere condizionato l'intervento della Corte all'elevamento dell'eccezione di incostituzionalità nel corso di un giudizio promosso avanti ad un'autorità giurisdizionale. Contro il sistema adottato, fonte di una duplice serie di gravi inconvenienti, quale quello di lasciare operanti a tempo indeterminato leggi palesamente incostituzionali (per le quali si afferma il dovere di osservanza da parte sia dei cittadini che della p.a.), e l'altro di aprire l'adito a conflitti fra l'autorità giudiziaria e la Corte, l'Autore afferma l'esigenza di una sua revisione, nel senso già da Lui proposto, di integrare il procedimento incidentale con altro promuovibile direttamente alla Corte per iniziativa del cittadino leso in modo immediato dalla legge, oppure in via di azione popolare, o per opera di un ministero pubblico, agente come organo requirente, in veste di « difensore della costituzione ».*

Ma finchè il sistema fosse rimasto in atto, compito della dottrina doveva essere, in primo luogo, quello di individuare, nel quadro del complessivo ordinamento giuridico, le forze sociali e gli istituti di impulso e di freno in esso operanti per segnalare il contributo che ne sarebbe potuto provenire, allo scopo di attenuare le deficienze rilevate. In secondo luogo di procedere ad un'esatta ricognizione e delimitazione delle sfere assegnate a ciascuno dei due poteri, concorrenti nel procedimento di controllo, per prevenirne, con le possibili esorbitanze, le ragioni di conflitto.

Sotto il primo aspetto è messa in rilievo l'esigenza della presenza attiva dei cittadini, dell'eccitamento in essi del dovere civico di cooperare alla rapida eliminazione di leggi incostituzionali, o affrontando il rischio di incorrere nelle sanzioni inerenti alla loro violazione, o sobbarcandosi all'onere di dar vita a liti fittiziamente promosse. Inoltre si sostiene l'ammissibilità di azioni di mero accertamento avanti alla Corte, in confronto a leggi le quali incidano direttamente su rapporti interindividuali. Quando questi rimedi non si palesassero sufficienti si patrocina la cooperazione del Capo dello Stato che, nella sua veste di custode della costituzione, dovrebbe, dopo avere sperimentato invano il potere di rinvio, rifiutare la promulgazione di leggi incostituzionali, provocando così indirettamente il giudizio della Corte quando contro tale rifiuto fosse sollevato conflitto di attribuzione.

Sotto il secondo aspetto le direttive additate allo scopo di conseguire l'armonica cooperazione fra autorità giudiziaria e Corte costituzionale sono quelle più congeniali al Suo spirito, rivolte tanto ad assicurare la certezza dell'interpretazione della costituzione, unificandola al massimo nella Corte, quanto ad additare i presupposti necessari per realizzare una convergenza di orientamenti fra i due organi, verso una

direzione tale da soddisfare le finalità di trasformazione perseguite dal costituente.

9. — *L'accentramento nella Corte della massima somma di poteri esigeva anzitutto che rimanesse esclusa ogni discriminazione sia fra i vizi (tutti ad essa denunciabili, quale che fosse il loro carattere, sostanziale o solo formale), sia fra gli atti legislativi, tutti da sottoporre alla sua competenza esclusiva; e ciò anche se emananti con il procedimento di revisione della costituzione, in quanto contrastanti con disposizioni da ritenere super-costituzionali; anche se sforniti di contenuto normativo (felice anticipazione questa dell'esatta soluzione da dare alla questione, successivamente sorta in occasione dell'emanazione delle leggi delegate in materia di riforma fondiaria, e che, fino alla pronuncia della Corte, ebbe a dar luogo a tanto disorientamento nella dottrina e nella giurisprudenza); ed infine anche se emanati prima dell'entrata in vigore dell'ordinamento repubblicano. I dubbi fatti valere in ordine a quest'ultimo punto trovarono nell'opera di Calamandrei la confutazione più esauriente non solo in sede scientifica, ma anche in quella giudiziaria, nella quale essa ebbe ad esplicarsi nel patrocinio della parte privata assunto nella causa con la quale si iniziò l'attività della Corte. L'orazione allora pronunciata rimane una delle sue più trascinanti, e l'eco ancora ne dura in chi ebbe la ventura di ascoltarla. Il commento dedicato a « La prima sentenza della Corte », che aveva deciso nel senso da Lui sostenuto, riveste particolare importanza, non solo per la dimostrazione della portata storica che questa assumeva, per avere evitato le gravi conseguenze che sarebbero derivate dalla tesi rigettata, perchè, facendo rientrare nella figura dell'abrogazione l'incompatibilità con la costituzione delle leggi anteriori, ed affidandone la conoscenza all'autorità giudiziaria, avrebbe determinato un dualismo nell'interpretazione della costituzione; ma anche per la critica mossa a quella parte della sentenza stessa che sembrava indulgere, in parte e senza alcun principio di motivazione, alla tesi predetta. Contro di essa il Calamandrei si appellava al principio della unicità del sindacato della Corte, escludendo recisamente l'ammissibilità di qualsiasi eccezione, e facendo valere l'assoluta eterogeneità tra l'istituto dell'abrogazione, invocabile nel caso della successione delle leggi nel tempo, e quello dell'annullamento, fondato sul rapporto di carattere funzionale fra norme di grado diverso. La rigidezza di tale impostazione, teoricamente ineccepibile, trovava poi un particolare fondamento nella considerazione pratica della natura di molte norme costituzionali, a contenuto non puntualmente precettivo, che non sarebbe stato possibile rilasciare all'interpretazione di organi sforniti della necessaria qualificazione.*

La funzionalità del sistema richiedeva poi che si precisasse l'indole del giudizio sulla non manifesta infondatezza dell'eccezione di incostituzionalità, affidato al giudice di merito, così da evitare il pericolo che rimanesse sottratto alla Corte l'esame ad essa spettante, pel fatto di ritenere le eccezioni stesse infondate, o senza congrua motivazione, o con motivazioni così elaborate da sconfinare nel campo riservato alla Corte. Era sembrato dapprima che al pericolo fosse da ovviare con l'uso del potere di riproposizione della questione rigettata dal primo giudice avanti al grado superiore, e soprattutto alla Cassazione, dalla quale si sarebbe dovuto attendere l'imparziale rispetto delle sfere rispettive di competenza. Sulla base di tale presupposto l'A. era portato a proporre che, per meglio assicurare una coordinazione fra le due Corti, tale da condurle ad operare quali parti di un'« unica Assise », animate da uno stesso spirito, e per sfuggire al pericolo dell'insorgenza di ogni dualismo di interpretazione, si istituisse presso la Corte (in analogia a quanto era stato disposto per i giudizi avanti la cessata Alta Corte per la Sicilia) un ufficio del P.M., preponendovi a titolare il Primo Presidente della Cassazione. Proposta che può offrire adito a dubbi, ma che appare espressione del Suo generoso spirito, animato dall'intento di prevenire o attenuare contrasti fra i supremi organi di applicazione del diritto, specie quando fossero suscettibili di rallentare il ritmo di attuazione della costituzione, e di diminuire altresì, nella opinione dei cittadini, il prestigio delle istituzioni.

L'esperienza doveva dimostrare che proprio nella Cassazione (probabilmente anche per effetto, fra gli altri fattori, di un certo spirito di corpo che conduceva a far ritenere menomative delle proprie funzioni quelle attribuite alla Corte) si annidava la resistenza più tenace a promuovere il giudizio di costituzionalità. E proprio ad uno degli episodi più significativi di tale spirito di resistenza, riguardante l'eccezione che era stata sollevata contro le norme sanzionanti la pena dell'ergastolo, ebbe a rivolgersi la nota « Sulla nozione di manifesta infondatezza ».

I pericoli inerenti a tale difettoso esercizio del potere di delibazione si palesavano particolarmente gravi per la constatazione che l'ordinamento non offre alcun rimedio giuridico idoneo a prevenirlo o a reprimerlo. Solo nella diversa ipotesi che il contrasto fra le due autorità assuma ad oggetto la rivendicazione da parte dell'autorità giudiziaria della competenza a giudicare dell'illegittimità di determinate specie di leggi, o di dati tipi di vizi, rimarrebbe aperto alla Corte l'elevamento di un conflitto di attribuzioni. Di tale rimedio, così acutamente prospettato e mai per l'innanzi preso in considerazione dalla dottrina, sono esaminate le difficoltà derivanti dalla confluenza che si viene a determinare nello stesso organo della funzione di parte promo-

trice del giudizio e di giudice, ed è indicato il loro superamento in base al riconoscimento del possesso da parte della Corte, e solo di essa, della Kompetenz-Kompetenz. *Il problema ha, com'è noto, assunto carattere di attualità (inducendo la dottrina a ricalcare le orme tracciate dal C.) dopo le recenti divergenze di interpretazione verificatesi fra la Cassazione e la Corte circa l'efficacia da attribuire alle sentenze di annullamento di norme relative all'istruttoria penale sulle attività istruttorie precedentemente esplicate, in processi ancora in corso di svolgimento. Infatti la divergenza su tale punto potrebbe configurarsi in termini di conflitto di competenza ove si dimostrasse che la mancata applicazione del principio di retroattività, quale affermato dalla Corte, venga a ledere un diritto soggettivo costituzionalmente protetto dei sottoposti ai procedimenti pendenti.*

Altro contributo di approfondimento al problema del conflitto di attribuzione recava il Calamandrei nell'indagine dedicata ai presupposti richiesti per l'elevamento e cioè: appartenenza delle parti confliggenti a distinti poteri dello Stato, e definitività della manifestazione di volontà contro cui è sollevato, conferitale dalla sua derivazione dall'organo supremo del potere relativo. Dalla considerazione di tali requisiti riteneva doversi trarre un nuovo argomento a conforto dell'opinione da Lui accolta dell'estraneità della Corte al potere giurisdizionale, e nello stesso tempo una conferma della validità della Sua opposizione alla disposizione dell'art. 111 cost., che, sottraendo le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti (cui, di fatto, si aggiungevano quelle del non riformato Tribunale supremo Militare) al ricorso in Cassazione per violazione di legge, viene a pregiudicare l'unitarietà delle manifestazioni di volontà del potere giudiziario, determinando, con ciò stesso, un possibile incremento dei conflitti, o comunque un meno penetrante sindacato di legittimità da parte della Corte. Come si vede, la trattazione di questi punti è effettuata sulla base dell'interpretazione letterale degli artt. 134 cost. e 37 legge n. 87 del 1953 (del quale ultimo segnalava la scarsa perspicuità), qual'era allora data da tutta la dottrina, ma nei suoi svolgimenti è consentito scorgere motivi di apertura verso nuovi orientamenti della teoria dei conflitti fra poteri.

E' degno di nota che all'esame di questa materia il Calamandrei facesse precedere l'avvertenza che esso veniva compiuto a titolo di mera curiosità teorica, dovendosi presumere l'assoluta improbabilità del verificarsi in pratica di contrasti richiedenti il ricorso ai rimedi esaminati. Senonchè la stessa diffusione data all'esame dei problemi connessi al sistema composito del controllo, basato sulla confluenza di organi diversamente formati, induce a far ritenere che le Sue preoccupazioni in ordine alla gravità delle conseguenze che ne sarebbero po-

tute derivare fossero maggiori di quanto non apparisse. Non è dubbio che la diversità di formazione di titolari di funzioni interpretative aventi analogo contenuto, in quanto importi diversità di orientamenti in campo sociale, di abiti mentali, di tendenze, sia destinata a determinare situazioni di potenziale contrasto, tanto più facilmente quanto più vaghe e generiche siano le norme cui l'interpretazione si rivolge. Non è certo casuale il fenomeno, accertato durante questa prima fase di funzionamento del controllo di costituzionalità, secondo cui interpreti più fedeli dei valori costituzionali, nell'ambito riservato al giudizio di delibazione delle questioni di legittimità delle leggi, si siano dimostrati i giudici di grado inferiore, quelli cioè cui la più giovane età ha consentito di meglio riflettere nell'attività loro affidata il nuovo clima spirituale espresso dalla costituzione repubblicana, con il risultato di realizzare quella comune sensibilizzazione ai problemi costituzionali secondo lo spirito programmatico della Carta che, come si è visto, il Calamandrei considerava essenziale. Ciò in armonia con la Sua concezione generale, rivolta ad affermare l'esigenza di un costante, intimo collegamento delle istituzioni giuridiche con la realtà sociale.

Tale esigenza doveva riuscire tanto meglio avvertita se messa in relazione con il compito, che riteneva dovesse essere affidato al controllo di costituzionalità, non più solo negativo, di repressione delle arbitrarie restrizioni delle libertà garantite dalla costituzione, ma anche positivo, di apertura alla progressiva attuazione delle finalità di rinnovamento sociale quali risultavano dalle norme programmatiche.

L'attaccamento ai valori della certezza, da cui erano, come si è visto, originate le perplessità in confronto a disposizioni così genericamente formulate da farle sembrare prive di vero contenuto normativo, non è, nel corso del tempo, venuto meno, ma si è meglio precisato ed approfondito. La vaghezza delle formulazioni, singolarmente prese, riusciva ad attenuarsi ed anzi ad essere trascesa, quando ne fossero state considerate le reciproche correlazioni, la loro composizione in un sistema nel quale ciascuna viene ad assumere la funzione di far vibrare una singola nota del motivo fondamentale che imprime alla costituzione la sua peculiare caratteristica, progressista e dinamica.

Dall'amara esperienza degli inadempimenti costituzionali era stata rafforzata l'opinione della necessità di utilizzare tutti gli istituti partecipi dell'attività di applicazione del diritto, nel senso di conferire una sempre maggiore concretezza alle dichiarazioni di principio condizionanti la validità delle leggi, e di adempiere così una funzione stimolatrice e propulsiva nei confronti del legislatore.

A tale scopo occorreva affermare la competenza della Corte all'accertamento di ogni specie di vizio di legittimità imputabile agli atti legislativi, e disconoscere validità all'opinione, allora dominante, che

escludeva ogni sindacato della Corte sull'uso del potere discrezionale del Parlamento, e che sembrava essere stata accolta dall'art. 28 legge n. 87 del 1953. Di tale norma denunziava la incostituzionalità e metteva in rilievo come la presenza di limiti finalistici posti al legislatore dovesse necessariamente far sorgere nella Corte la potestà di sindacare l'osservanza dei medesimi, in modo analogo a quello consentito al giudice amministrativo, attraverso l'accertamento di quel vizio sintomatico raffigurabile come eccesso di potere; e profeticamente prevedeva che la Corte sarebbe stata fatalmente condotta ad affermare in questo senso la propria competenza. Insofferente dell'ostinazione conservatrice del legislatore, quale si era palesata nell'inottemperanza di tutti gli obblighi di fare ad esso prescritti e perfino di quelli pei quali anzi erano stati fissati precisi limiti di tempo, il Calamandrei sosteneva la possibilità per la Corte di contrastare anche tali comportamenti omissivi, e così, per es., nel caso di avvenuto decorso di termini fissati per l'emanazione di nuove norme, a modifica di preesistenti strutture organizzative, dichiarare la decadenza delle disposizioni che le regolavano, creando deliberatamente lacune legislative, tali da costringere il legislatore ad intervenire. All'obiezione che così la Corte avrebbe invaso il campo delle valutazioni politiche opponeva l'impossibilità di porre delle preclusioni al riguardo, dato che l'accertamento della illegittimità costituzionale di una legge rendeva necessario il raffronto, oltre che con la lettera delle disposizioni precettive della costituzione, anche con il loro spirito e con i principi programmatici, ed era indotto a confessare il proprio progressivo scetticismo sulla realtà della «pur venerabile, tradizionale distinzione fra diritto e politica».

Queste generose aspettative dovevano in notevole parte rimanere deluse, essendo a volte mancato alla Corte il coraggio di incidere troppo in profondità sull'assetto preesistente (inducendola in qualche caso a mantenere in vita norme incostituzionali per la preoccupazione che la loro caduta avrebbe incrinato l'unità del sistema di cui costituivano parti integranti), ed avendo soprattutto fatto difetto l'efficacia stimolatrice delle sue pronuncie sugli interventi del legislatore, rimasto spesso inerte, insensibile all'obbligo di riempire con nuove norme i vuoti legislativi prodotti dalle sentenze di annullamento, e, più in generale, di adeguare la legislazione alle interpretazioni dei precetti costituzionali risultanti dalle motivazioni delle decisioni, alle quali il Calamandrei esattamente assegnava un'efficacia che avrebbe dovuto risultare di impulso all'indirizzo legislativo, se si fosse rivolto a mantenere fede agli impegni costituzionali.

Il vero è che la concordia discors, *su cui poggia ogni ordinamento democratico e ne promuove i pacifici sviluppi, presuppone una coscienza costituzionale generalmente diffusa, poichè è da questa che la*

dialettica dei contrari trova, insieme al suo alimento, il senso dei propri limiti. Il difetto, da noi, di tale coscienza documenta l'assenza di quel fondo comune, di quella sostanziale convergenza dei vari fattori concorrenti alla vita del diritto, che, pur attraverso inevitabili ed anzi salutari dissensi, conducono a rivolgerne l'opera verso una stessa meta: la costruzione della città nuova disegnata nella Carta fondamentale.

Ma proprio questa constatazione giova a dar risalto alla funzione spettante alla dottrina giuridica nella interpretazione sistematica della costituzione, per enuclearne i principi di fondo e chiarire, alla loro luce, l'esatto significato delle norme di meno precisa formulazione, dissolvendo l'alone di incertezza di cui volle circondarle il compromesso dal quale ebbero origine. E così instancabilmente ricreare un costante circuito di reciproche influenze con gli orientamenti della giurisprudenza, al fine di dar vita a correnti interpretative suscettibili di influenzare i rapporti sociali e di stimolare e precorrere il progresso delle leggi.

Di questa funzione della dottrina intesa come milizia Calamandrei fu il banditore più efficace e più appassionato, e ad essa ispirò con animo missionario la propria opera.

Sezione III

DIRITTO E PROCESSO COSTITUZIONALE (*)

(*) Questa sezione occupa l'intero 3° volume delle *Opere*.

Hanno collaborato alla raccolta dei materiali o alla correzione delle bozze di stampa Claudio Marchetti, assistente nell'Università di Macerata, Alberto Germanò e Valerio Grementieri, assistenti nell'Università di Firenze.

I

IL SIGNIFICATO COSTITUZIONALE DELLE GIURISDIZIONI DI EQUITA' (*)

SOMMARIO: 1. Il fenomeno del moltiplicarsi delle giurisdizioni speciali; punto di vista dal quale qui si studia. — 2. La funzione dell'arbitro amichevole compositore secondo l'articolo 20 Cod. proc. civ. — 3. La funzione delle giurisdizioni speciali « con poteri di amichevoli compositori ». — 4. I due sistemi della formulazione giudiziaria e della formulazione legislativa del diritto. — 5. Tendenze moderne ad allargare i poteri del giudice per ovviare agli inconvenienti del sistema della formulazione legislativa. — 6. Le giurisdizioni di equità: loro posizione nell'ordinamento giuridico dello Stato costituzionale. — 7. Le sentenze dei giudici di equità hanno natura costitutiva o dichiarativa? — 8. Motivi pratici per i quali si sono moltiplicate durante la guerra le giurisdizioni di equità. — 9. Come la speciale funzione delle giurisdizioni d'equità si ripercuota sull'ordinamento interno delle medesime. — 10. Attitudine delle giurisdizioni di equità a trasformarsi in veri e proprî organi legislativi. — 11. Il sistema del diritto libero nell'ordinamento giudiziario della Russia comunista. — 12. Funzione sociale delle giurisdizioni d'equità nel momento presente: conclusioni.

1. — A chi voglia paragonare la proporzionata semplicità e l'organica simmetria che il nostro ordinamento giudiziario aveva più di mezzo secolo fa, quando lo costruì di getto, a simiglianza di una grande piramide culminante nella Corte di Cassazione, l'unificazione legislativa, con quel complicato laberinto di giurisdizioni speciali create a capriccio da allora a oggi, con quel barocco ammasso di soprastrutture giudiziarie venute su senza disegno e senza arte, che ormai quasi ricopre le sobrie linee dell'edificio originario, si presenta naturale

---

(*) [Discorso inaugurale dell'anno accademico dell'Istituto di Scienze Sociali « Cesare Alfieri » di Firenze, letto il 21 novembre 1920. Pubblicato in « Archivio giuridico », LXXXV (1921), pp. 224-277. Ristampato in *Studi*, II, pp. 1-55. Tradotto in lingua spagnola da Santiago SENTÍS MELENDO in P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945]. [*Bibliografia*, n. 60].

l'immagine di un di quei mirabili palazzi del Rinascimento che l'artefice costruì in mezzo ad una piazza, liberi nella spaziosa solitudine affinchè nell'isolamento la luce vi circolasse d'intorno a rivelarne meglio il purissimo stile; e che poi in tristi età di decadenza, videro crescere alla loro ombra una insidiosa vegetazione di casupole e di stamberghe che si addossarono a poco a poco alle pareti di travertino, e vi si arrampicarono e vi si annidarono, fino a rivestir l'antica architettura di una soffocante incrostazione parassitaria.

In verità, il fenomeno del continuo incremento delle giurisdizioni speciali, di questo moltiplicarsi di organi improvvisati, destinati a invadere il campo dei giudici ordinarî e a riportare il disordine e l'eterogeneità là dove il nostro legislatore aveva voluto stabilire definitivamente la uniformità e l'armonia, si presenta a prima vista come un vero e proprio fenomeno morboso, come un segno di fatale degenerazione dei nostri istituti giudiziarî; e per tale lo ritennero infatti, fin da quando, molti decennî fa, la tendenza cominciò a manifestarsi, i nostri giuristi, i quali videro in ogni nuova giurisdizione speciale un meschino ripiego adottato di volta in volta da legislatori che vivono alla giornata, e che, non avendo l'ardire di rinnovare dalle fondamenta l'ordinamento giudiziario ormai invecchiato e di buttare apertamente tra i ferri vecchi un codice di procedura che non serve più, si limitano caso per caso, quando la necessità più preme, a creare alla chetichella, per certe categorie di controversie, organi di giustizia più agili e meno dispendiosi di quelli ordinarî (1).

Nel periodo bellico e postbellico, però, nonostante le proteste degli studiosi, questo germinare di giurisdizioni speciali si è andato singolarmente intensificando: non c'è stato, si può dire, decreto luogotenenziale che, dopo aver posto in molti articoli norme di diritto sostanziale concernenti le più svariate materie, non si sia ricordato in un breve articolo finale, *in cauda venenum*, di sottrarre alla giurisdi-

---

(1) Sul fenomeno del moltiplicarsi delle giurisdizioni speciali, cfr. per ultimo CHIOVENDA, *Principii*, 3ª ed., pag. 515, nota; CHIMIENTI, *Manuale di diritto costituzionale*, Vol. II, pag. 522; GIANNATTASIO, *Il tribunale delle acque pubbliche e il moltiplicarsi delle giurisdizioni speciali* (in *Riv. dir. pubb.* 1917, I, 241). Cfr. anche FERRARA, *Diritto di guerra e diritto di pace* (in *Riv. dir. comm.* 1918, I, pag. 691) « ... è una amara confessione legislativa dell'organica difettosità ed insufficienza del nostro ordinamento giudiziario, che con le sue lentezze, formalismi e complicazioni, e con le gravi spese cui è subordinato rende difficile ed incerto l'invocare giustizia ». Una enumerazione delle giurisdizioni speciali esistenti in Italia prima della guerra si trova in CHIOVENDA, *Principii*, pag 432 e segg. e in CHIMIENTI, II, pag. 517 e segg. Cfr. ora anche CARNELUTTI *Per la riforma della legge sugli infortuni industriali* (in *Riv. dir. comm.* 1920, I, 173), n. 39.

zione ordinaria le controversie eventualmente nascenti dall'applicazione di quelle norme, per deferirne la decisione o ad un collegio di arbitri privati scelti volta per volta dalle parti, o addirittura ad un organo pubblico permanente, costituito *ex novo* dallo Stato per la risoluzione di quella speciale categoria di liti. Così, soltanto in materia civile, il periodo bellico ha visto nascere qualche diecina di nuove giurisdizioni speciali; come se lo Stato, il quale in tempi ordinarî si ostina a mantenere in vita, sia pur con giudici pagati assai meno del bisogno, tribunali in numero assai superiore al bisogno, abbia sentito rinascere in sè, durante la guerra, quando il Paese non aveva tempo da perdere in procedure, l'istinto paterno di salvare all'ultimo momento i cittadini dai feroci ingranaggi di quei tribunali da lui stesso mantenuti, colla stessa incoerenza di un mercante sentimentale, il quale dopo aver accumulato per la vendita grandi provviste di generi adulterati, provasse, sul punto di concluder l'affare, un superstite scrupolo di coscienza, e consigliasse il cliente di andare a fornirsi altrove.

Orbene, proprio dal fatto che le giurisdizioni speciali hanno avuto un sì vivo incremento durante un periodo eccezionale come è quello in cui tuttora viviamo, io sono tratto a pensare che i difetti, pur così numerosi e risaputi, dei nostri istituti della giustizia ordinaria non siano la sola causa nè la più importante di questo fiorire disordinato di nuovi organi giudiziarî speciali, ed a ritenere che peccherebbe di unilateralità chi volesse mantenere i problemi inerenti a questi nuovi organi entro un campo esclusivamente giudiziario. Sì, io non nego che una delle cause che hanno indotto il nostro legislatore a ricorrere con tanta frequenza alla istituzione di questi speciali collegi giudiziarî sia stata proprio la necessità di sottrarre qualche categoria di controversie urgenti alle more del processo ordinario; ma dico che, accanto a questa necessità, un'altra v'è stata più decisiva, la quale non ha niente a che vedere con i difetti dei nostri decrepiti istituti processuali, — la necessità, cioè, di sottrarre, in momenti di più celere ritmo della vita sociale, la formulazione del diritto alle lentezze della trafila parlamentare, e di sfuggire ai sistematici inciampi che nello Stato parlamentare una burocrazia accentratrice e incompetente frappone alla rapida emanazione di norme giuridiche adeguate alle esigenze imperiose di un periodo d'eccezione.

Esaminato da questo punto di vista, il problema delle giurisdizioni speciali si presenta non più come un ristretto problema di ordinamento giudiziario, ma come un assai più ampio problema di diritto costituzionale. A trattare questo argomento mi sento indotto perciò dal considerare che esso, senz'avere un carattere così strettamente tecnico che lo renda interessante ai soli cultori delle discipline processuali, non solo appare singolarmente adatto a portar qualche nuovo

sprazzo di luce su alcuni dibattutissimi problemi attinenti alla teoria generale del diritto (come potrebbero essere quello delle fonti formali del diritto o quello delle lacune dell'ordinamento giuridico), ma ci dà campo altresì di cogliere, in questo che a prima vista potrebbe parere un modestissimo episodio della vita giudiziaria italiana, una riprova ed un sintomo di un più generale lavorio di rinnovamento e di riadattamento, attraverso il quale la società prepara instancabilmente, pur nell'angoscia dell'ora critica che noi viviamo, l'ordinamento giuridico di un suo domani migliore (2).

2. — Per comprendere la grande novità costituzionale che molte di queste giurisdizioni speciali create durante la guerra hanno portato nel nostro ordinamento giuridico, bisogna partirsi dal considerare che il carattere peculiare di questi speciali organi giurisdizionali non è tanto la celerità e la semplicità del procedimento col quale dinanzi ad essi si istruiscono e si esauriscono le cause, quanto la latitudine dei poteri di decisione conferiti al giudice, la quale, in questi decreti luogotenenziali che istituiscono nuovi organi giudiziarî, è costantemente indicata con questa formula: che essi devono decidere « con poteri di amichevoli compositori » (3).

Importa innanzi tutto avere idee ben chiare sul valore tecnico di questa formula, la quale, se si volesse interpretarla obbedendo soltanto al suo così elastico significato etimologico, ci porterebbe a resultati tutt'altro che rigorosi. L'amichevole compositore non è una figura assolutamente ignota al nostro Codice di procedura civile, il quale peraltro

---

(2) Qualche accenno a considerare il moltiplicarsi delle giurisdizioni speciali durante la guerra come indice di una profonda trasformazione eccedente i ristretti confini dell'ordinamento giudiziario, è fatto dal VASSALLI (*Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* in *Riv. dir. comm.* 1919, I, pag. 1 e segg.), il quale scorge nel fenomeno un segno del mutamento che si produce nella natura degli istituti di diritto privato per l'intervento protettivo dello Stato, onde « l'ufficio del giudice si riduce in corrispondenza della riduzione del diritto privato. Si aggiungono e prevalgono, nella disciplina del dato rapporto, preoccupazioni amministrative e l'attuazione o l'integrazione amministrativa, se anche non si è resa evidente in fasi precedenti, si protende nella funzione di tutela del diritto » (pag. 8); e dal POLACCO (*La scuola di diritto civile nell'ora presente,* in *Riv. dir. civ.* 1919, 105) per il quale l'istituzione di speciali commissioni decidenti su materie di diritto privato secondo i dettami dell'equità, viene a dare « in mano all'autorità giudicante quell'arma che è propria dell'autorità amministrativa e consiste in un libero potere discrezionale, il che è riprova di un principio che va facendosi sempre più strada e che io chiamerei della permeabilità dei tre poteri, legislativo, esecutivo e giudiziario, per una specie di fenomeno capillare » (pag. 117).

(3) Cfr. i testi citati alle note 52-56.

si limita a ricordarlo di sfuggita, nel suo articolo 20, a proposito dell'arbitrato: è noto che la nostra legge permette ai cittadini di deferire la decisione delle loro controversie, invece che ai giudici dello Stato, a uno o a più privati di loro fiducia che si chiamano *arbitri*, i quali, pur non essendo organi dello Stato, compiono una funzione logicamente identica a quella dei giudici pubblici, poichè anche essi, come giudici, decidono la controversia ad essi deferita « secondo le regole di diritto »; tale identità di funzione viene però a mancare in un caso eccezionale, cioè nel caso, che è quello previsto appunto dal surricordato articolo 20, in cui gli arbitri siano stati dalle parti « autorizzati a decidere come amichevoli compositori ».

Con ciò si è detto tutto quello che il nostro Codice di procedura ci lascia intendere intorno alla figura dell'amichevole compositore: non è molto, ma insomma basta a farci comprendere che l'amichevole compositore come lo intende il Codice, è una specie del genere arbitro, ossia è un privato incaricato dalle parti di decidere una loro controversia e da esse autorizzato a deciderla *non* secondo le regole del diritto (4).

L'amichevole compositore, quale è conosciuto dal Codice di procedura civile, non è, dunque, un organo dello Stato: e se, come criterio differenziale per distinguerlo dagli istituti affini, poniamo il carattere *privato* della sua funzione, possiamo in base a questo criterio contrapporlo così al giudice che applica il diritto *in nome dello Stato*, come al conciliatore che, *in nome dello Stato*, esplica tra i litiganti un'opera pacificatrice.

Ma se, come criterio differenziale prendiamo invece la natura logica della funzione che l'amichevole compositore è chiamato a esercitare, vediamo che da questo punto di vista esso si distingue non soltanto dal giudice pubblico e dall'arbitro giusdicente privato (i quali ambedue, il primo in nome dello Stato e il secondo in virtù di compromesso, decidono le controversie *applicando il diritto*), ma anche da altri istituti, coi quali la terminologia tutt'altro che precisa potrebbe farlo scambiare.

La denominazione di « amichevole compositore », la quale richiama in mente l'idea di un pacificatore, che interponga tra i litiganti i suoi buoni ufficî per persuaderli a concludere amichevolmente un componimento della loro lite, induce naturalmente a ravvicinare la fun-

---

(4) Sulla figura dell'amichevole compositore, qual'è inteso dall'articolo 20 Cod. proc. civ., cfr. da ultimo ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, Milano 1921, n. 146; e COGLIOLO, *L'amichevole compositore* in *Il Diritto commerciale*, 1920, pag. 7 e seg.

zione dell'amichevole compositore a quella del conciliatore; ma in realtà, questi due istituti hanno scopi profondamente diversi, perchè, mentre il conciliatore, senza cercare a quale tra i due interessi in conflitto spetti la tutela giuridica, mira a esercitare sulla volontà dei due litiganti un'opera di persuasione, per indurli a dar vita, con efficacia costitutiva, a un nuovo negozio giuridico che ha natura affine a quella di una transazione (5), l'amichevole compositore mira a decidere la lite, anche contro la volontà delle parti, con efficacia meramente dichiarativa.

Nè si deve dalla incertezza terminologica (6) essere indotti a far confusione tra l'amichevole compositore e l'*arbitrator*: quest'ultimo, infatti, interviene non già per dirimere un rapporto litigioso, nel quale ciascuna parte sostenga di aver il diritto dalla sua e si proponga di farlo dichiarare come già esistente, ma per sostituirsi ai contraenti nel concludere un negozio ancora indeterminato in uno dei suoi elementi, che l'*arbitrator* è appunto chiamato a determinare imparzialmente (7).

---

(5) Per le differenze tra conciliazione, transazione e componimento processuale, cfr. CHIOVENDA, *Principii*, § 73; MORTARA, *Comm.* III, n. 12.

(6) Già MARTINO DA FANO (citato da WEISMANN, *Das Schiedsgutachten* in *Arch. für die civ. Prax.* LXXII, pag. 270), insegnava che *arbitrator est amicabilis compositor*, mentre nel nostro diritto, l'*arbitrator* (es. art. 1454 Cod. civ.), non è affatto un amichevole compositore nel senso dell'art. 20 Cod. proc. civ. Anche nella nostra legislazione l'art. 8 della legge 15 giugno 1893 sui probiviri industriali chiama « componimento amichevole » una attività che è in sostanza talora una conciliazione e tal'altra una mediazione (cfr. nota seguente), ma non mai un'attività simile a quella dell'amichevole compositore dell'art. 20 Cod. proc. civ.; cfr. anche l'art. 58 della Legge consolare 28 gennaio 1866, n. 2804.

(7) L'importanza di queste distinzioni si fa sentire specialmente quando si tratta di studiare le funzioni di certi organi — quali sono i nostri probiviri industriali — nei quali le figure del giudice di equità (amichevole compositore nel senso dell'art. 20 Cod. proc. civ.: cfr. nel testo, n. 6), del conciliatore e dell'*arbitrator* si trovano riunite e spesso confuse. Per avere ben chiara la differenza tra queste varie figure, bisogna tener distinto il concetto di *controversia giuridica* (lite, nel senso tecnico: conflitto, cioè, tra due interessi ognuno dei quali pretende di essere conforme al diritto ed aspira perciò alla tutela giuridica) dal concetto di *controversia economica* (conflitto di interessi semplici, mera divergenza di interessi economici in relazione a negozî da costituirsi); per la distinzione tra questi due concetti, cfr. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Roma, 1906, pag. 9-10 e specialmente a pagina 10 la nota 34; MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro* in *Riv. dir. comm.* 1904, I, 458 e segg. specialmente i n. 7, 8, 15; CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, nella stessa *Rivista*, 1916, I, pag. 374, 401-402 e ora *Lezioni di diritto processuale civile* Introduzione (Padova, 1920) n. 44. Di fronte alle vere e proprie controversie giuridiche, si possono avere tre distinte figure: il giudice *giusdicente* (giudice pubblico o arbitro in base a compromesso); il giudice d'equità (amichevole compositore nel senso dell'art. 20

L'amichevole compositore, dunque, non provoca volontarî componimenti di rapporti litigiosi, come il conciliatore; non esplica un ufficio di cooperatore alla formazione di nuovi negozî giuridici, come l'*arbitrator*; decide, con efficacia dichiarativa, controversie su rapporti giuridici già esistenti, come il giudice pubblico e come l'arbitro giurisdicente privato: con questa differenza da essi, che, nel decidere, non è tenuto ad applicare le regole di diritto.

3. — Se ora torniamo ad applicare questa più precisa nozione dell'amichevole compositore all'argomento delle giurisdizioni speciali, dobbiamo innanzi tutto escludere che il legislatore di guerra, quando ha fornito questi collegi giudiziarî dei poteri degli amichevoli compositori, abbia presupposto in questi organi la natura di veri e proprî collegi arbitrali nel senso tecnico (art. 8 e seg. Cod. proc. civ.) della parola; in realtà, quantunque gli organi che qui si studiano si trovino designati dai decreti luogotenenziali con denominazione tutt'altro che propria, « giunte d'arbitri », « comitati » o « commissioni arbitrali » (8),

---

Cod. proc. civ.); il conciliatore (art. 1 e segg. Cod. proc. civ.); di fronte alle mere divergenze economiche si può avere il mediatore (il quale mira a mettere d'accordo le parti per indurle a concludere volontariamente un nuovo contratto) e l'*arbitrator* (il quale fissa, sostituendosi alla volontà delle parti, il contenuto di un nuovo contratto). I probiviri industriali, istituiti dalla legge 15 giugno 1893 cumulano in sè funzioni corrispondenti a tre figure tra quelle suaccennate: sono giudici (se di diritto o di equità è controverso: cfr. oltre, nota 53), in quanto, per l'art. 9, sono chiamati a decidere delle vere e proprie controversie giuridiche; sono conciliatori *stricto sensu*, in quanto provocano, per l'art. 8, il volontario componimento di quelle medesime controversie giuridiche; sono mediatori (REDENTI, *Massimario*, n. 1, pag. 3) in quanto mirano a comporre controversie economiche relative a « salari... da pattuirsi » e ad « ore di lavoro... da convenirsi » (art. 8 lettere *a* e *c*): cfr. MESSINA, scritto cit., pag. 487. I nostri probiviri non hanno invece per le controversie economiche la funzione di *arbitratores*, poichè essi non possono, come possono, invece, organi costituiti in altri Stati (cfr. REDENTI, *Massimario*, n. 7 e n. 14) sostituirsi alle parti nel fissare, in modo per esse obbligatorio, le condizioni dei nuovi contratti di lavoro; questa funzione di *arbitratores* viene attribuita anche nel nostro diritto a quei cosiddetti collegi arbitrali (che non si devon confondere cogli arbitri del Cod. proc. civ. nominati per decidere controversie giuridiche), ai quali intraprenditori e operai si rimettono per la formulazione delle nuove condizioni di lavoro (concordati di tariffe). Cfr. MESSINA, scritto cit., n. 8; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 113.

(8) Sulla improprietà di designare con denominazioni che richiamano all'istituto dell'arbitrato, veri e proprî organi pubblici di giurisdizione, che con l'arbitrato non hanno niente a che vedere, cfr. MORTARA, *Comm.* I, n. 428; GALANTE, *Diritto processuale* (2ª ediz.), pag. 89; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 112 (per la stessa improprietà nel diritto germanico, cfr. HELLWIG, *System*, Vol. II, § 260, I, 1).

noi ci troviamo qui di fronte a vere e proprie giurisdizioni speciali, cioè di fronte ad organi pubblici che lo Stato impone ai litiganti e sulla cui composizione personale non ha nessun influsso la scelta delle parti (9). Talchè il richiamo alla figura dell'amichevole compositore, che il legislatore, come si è detto, fa a proposito di queste giurisdizioni speciali, non può significare altro che questo: che qui si tratta di organi dello Stato i quali stanno di fronte agli amichevoli compositori previsti dall'art. 20 del Cod. proc. civ. nello stesso rapporto in cui gli organi della giurisdizione ordinaria stanno di fronte agli arbitri giurisdicenti in genere: ossia, in altre parole, di organi dello Stato, i quali, a differenza dell'autorità giudiziaria ordinaria che in nome dello Stato decide applicando le regole del diritto, hanno lo speciale ufficio di decidere, anche essi in nome dello Stato, ma senza applicare le regole del diritto.

In verità questa spiegazione può per qualcuno avere il sapore di un *ibis redibis*: giudicare, in senso tecnico, vuol dire applicare una

---

(9) La legislazione di guerra ha dato vita (oltrechè alle numerose giurisdizioni speciali delle quali si tratta nel testo) a numerosissimi arbitramenti forzati, quando ha stabilito che, per la decisione delle controversie eventualmente nascenti dall'applicazione di certe disposizioni di diritto sostanziale, non possano i cittadini adire l'autorità giudiziaria ordinaria, ma *debbano* necessariamente ricorrere al giudizio di un collegio arbitrale composto di persone *scelte dagli stessi litiganti;* alcuni esempî: decr. lt. 18 luglio 1918, n. 1194 (miniere di zolfo) art. 15; decr. lt. 10 febbraio 1918, n. 212, art. 7; e decr. lt. 27 febbraio 1919, n. 250, art. 1 (distribuzione di energia elettrica); decr. lt. 14 luglio 1918, n. 1047, art. 1 (pubblici servizi affidati all'industria privata); decr. lt. 7 febbraio 1918, n. 153, art. 3 (prosciugamento di terreni); decr. lt. 7 gennaio 1917, n. 35, art. 15 (combustibili fossili); decr. lt. 9 febbraio 1919, n. 112, art. 14 (contratto di impiego privato: per le controversie di valore superiore alle L. 300); decr. lt. 20 giugno 1915, n. 888, art. 4, e decr. lt. 3 gennaio 1918, n. 12, art. 8 (industria degli alberghi); decr. lt. 13 aprile 1919, n. 526, art. 41 (requisizione filande); decr. lt. 26 gennaio 1919, n. 106, art. 2 (cave di marmo) etc.

E' noto come la dottrina si sia affaticata per trovare un criterio sicuro che permetta di distinguere gli arbitramenti forzati dalle vere e proprie giurisdizioni speciali (cfr. per ultimo ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici,* n. 150; *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici,* in *Annali delle Università toscane,* 1920, pag. 17-18 cogli autori da lui citati). A mio avviso, però, l'unico carattere sicuro di distinzione è il seguente: che nell'arbitramento forzato la scelta individuale delle persone componenti il collegio arbitrale è rimessa in primo luogo alla libera volontà delle parti litiganti, mentre nelle giurisdizioni speciali i componenti il collegio giudicante sono scelti, senz'alcuna possibile ingerenza dei litiganti, da una autorità pubblica *che non è parte in causa.* L'istituto dell'arbitrato è mantenuto dal nostro diritto come omaggio alla volontà dei privati di deferire la decisione delle loro controversie a persone di loro fiducia: tantochè il parlare di arbitrato forzato può parere una *contradictio*

norma giuridica a una fattispecie concreta, vuol dire paragonare un fatto accertato con una regola di diritto ad esso preesistente; orbene, che specie di giudice può essere mai questo che giudica, sì, ma non secondo il diritto, e che razza di giustizia può scaturire da questo singolarissimo modo di sillogizzare a gamba zoppa, facendo a meno della norma giuridica, cioè della premessa maggiore?

E' noto che, quando sorge fra due cittadini una controversia intorno all'appartenenza di un bene, due distinti interessi spingono lo Stato a interporsi tra i contendenti: l'interesse al mantenimento della pacifica convivenza sociale, il quale reclama che il litigio cessi al più presto affinchè non si prolunghi quella minaccia alla tranquillità della consociazione che esso reca con sè; l'interesse all'attuazione del diritto

---

in adiecto, per la quale, rendendo obbligatorio un istituto basato sulla libera determinazione delle parti, si venga a distruggere la sua ragion d'essere. Senonchè anche nell'arbitrato forzato (sulla cui storia cfr. GALANTE, *Dir. proc. civ.* pag. 88 e note; LESSONA, *I doveri sociali del diritto giudiziario civile*, Torino, 1897, n. 12; FERRARA L., *Situazioni processuali di guerra*, in *Riv. dir. comm.*, 1918, I, pag. 20-21; MORTARA, *Comm.* III, pag. 93-96 in nota) un certo campo di azione alla libera volontà delle parti è tuttavia lasciato; mentre nell'arbitrato facoltativo, regolato dagli art. 8 e seg. Cod. proc. civ., la volontà delle parti è riconosciuta in due diversi momenti (in un primo momento, in quanto essa può scegliere tra l'autorità giudiziaria ordinaria e l'arbitrato, in un secondo momento, in quanto, — se essa sceglie l'arbitrato — può chiamare a far parte del collegio arbitrale persone di propria fiducia), nell'arbitrato forzato la volontà delle parti è riconosciuta soltanto in questo secondo momento: è tolta alle parti la facoltà di scegliere tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale (e in questo senso l'arbitrato diventa per le parti *obbligatorio*, in quanto è la sola via concessa per ottener giustizia), ma è lasciata ad esse la facoltà di scegliere personalmente gli arbitri. Questa facoltà di scegliere gli arbitri è tutto ciò che del vero e proprio arbitrato resta nell'arbitrato obbligatorio: ove questa facoltà di scelta manchi, ivi siamo in presenza di una giurisdizione speciale. Il criterio dello ZANOBINI (op. loc. cit.) — secondo il quale il carattere differenziale tra le giurisdizioni speciali e l'arbitramento obbligatorio sarebbe questo, che, mentre le prime sono costituite per decidere una serie indeterminata di controversie eventuali, i veri collegi arbitrali sono costituiti per decidere una sola controversia, risolta la quale cessano di esistere, — non mi sembra perciò da accettare; nella legislazione bellica si trovano esempî (decr. lt. 17 novembre 1918, n. 1700, art. 2 (affitto di terreni pascolivi); r. decr. 22 aprile 1920, n. 507, art. 5 (vendita dei giornali); r. decr. 25 gennaio 1920 n. 50, art. 8 (gazometri), di commissioni costituite per giudicare una sola controversia i cui membri componenti sono scelti non dalle parti, ma da un'autorità neutrale; queste commissioni devono, a mio avviso, esser considerate non già come degli arbitrati obbligatorî, ma come delle giurisdizioni speciali *temporanee*, funzionanti per una sola controversia. In questa legislazione di guerra è notevole, d'altra parte, una anomalia di altro genere: quella di veri e proprî arbitramenti che danno luogo a sentenze *immediatamente esecutive* (es. decr. lt. 15 febbraio 1917, n. 415, art. 3 in tema di infortunî).

oggettivo, il quale reclama che il litigio sia deciso secondo il diritto, affinchè la volontà giuridica dello Stato sia nel caso concreto riconfermata. Quando lo Stato si intromette tra i litiganti in veste di giudice, il soddisfacimento dei due interessi suddetti avviene contemporaneamente con la pronuncia della sentenza, la quale da una parte risolve il litigio e dall'altra attua la legge; ma non è detto che questi due interessi debbano in ogni caso essere soddisfatti nello stesso momento: è dato, anzi, pensare che questi due interessi si trovino in conflitto tra loro e che la soddisfazione dell'uno escluda o allontani la soddisfazione dell'altro, in quanto non sia possibile una pronta soluzione del litigio senza rinunziare a quelle ponderate indagini che sole possono portare a una decisione giusta, e viceversa non sia possibile giungere a una decisione conforme al diritto senza rinunciare ai vantaggi della risoluzione immediata. Si potrebbe immaginare, perciò, che lo Stato, pur di appagare l'interesse al mantenimento della pace sociale mediante un rapido disbrigo della controversia, cercasse di eliminare le difficili e lunghe ricerche che son necessarie per ottenere una decisione secondo giustizia, e si limitasse a imporre ai litiganti una soluzione purchessia della loro controversia, come potrebbe essere quella, per citare l'esempio di un ripiego primitivo ma spicciativo, ottenuta mediante sorteggio tra le due contrapposte pretese.

A soddisfare l'interesse al mantenimento della pace sociale a scapito dell'interesse all'attuazione del diritto mira anche lo Stato moderno, quando si intromette in un litigio per mezzo del conciliatore, il quale non si cura di accertare quale dei due litiganti abbia ragione, ma solo si adopra a comporre la controversia, magari a vantaggio della parte che, a rigor di legge, avrebbe torto. Onde si potrebbe esser tratti, per risolvere l'apparente enigma delle giurisdizioni speciali con poteri di amichevoli compositori che giudicano in nome dello Stato senza applicare il diritto, a vedere in essi un organo affine al conciliatore, con una sola differenza essenziale da questo: che le giurisdizioni speciali con poteri di amichevoli compositori, invece di agire sulla volontà delle parti per indurle a rinunziare a una decisione prettamente giuridica delle loro pretese in conflitto, dovrebbero, per far più presto, sovrapporsi alla volontà delle parti ed imporre ad esse una specie di « conciliazione obbligatoria », la quale non mirasse ad accertare la ragione o il torto, ma soltanto a dividere il male a metà senza andar tanto per la sottile, con una specie di patriarcale disinvoltura salomonica, fatta apposta per rimandare a casa tutt'e due i litiganti contenti e gabbati.

Viene in mente, a questo proposito, un istituto la cui utilità *in iure condendo* è stata sostenuta in questi ultimi anni da giuristi tedeschi

ed olandesi (10) per tutti quei casi in cui il giudice, o per la insufficienza delle prove addotte dalle parti o per la complicata difficoltà della *quaestio iuris*, non sappia in coscienza a quale dei due litiganti dar ragione. Per questi casi, invece di forzare il giudice a scegliere, anche contro la sua convinzione, una delle due soluzioni estreme nessuna delle quali lo appaga, si è sostenuto che sarebbe opportuno lasciare al giudice la facoltà di seguire una via intermedia (*vermittelnde Entscheidung*) tra le due pretese avversarie, dividendo alla buona il torto e la ragione in parti eguali, senza perder tempo a cercare una decisione rigidamente giuridica là dove la naturale limitazione dell'intelletto umano renda impossibile un accertamento preciso e sicuro del rapporto controverso.

A questa forma di ripiego spicciativo (non ignoto, sembra, alla pratica del diritto comune, nella quale si dicevano *iudicia rusticorum* (11) le sentenze di quei giudici poco scrupolosi che, per sottrarsi alla fatica di una lunga istruttoria, risolvevano le querele dei litiganti secondo il buon senso contadinesco, senza scervellarsi dietro la sottile ragione giuridica), si dovrebbe dunque riavvicinare il fenomeno di questi collegi pubblici di amichevoli compositori attraverso i quali lo Stato tenderebbe ad assicurare la pace sociale a tutti i costi, anche a costo della stessa giustizia.

E' facile intendere, però, che se si accettasse un tal modo di spiegare la funzione assegnata a questi speciali organi (il quale condurrebbe dritto dritto a negar loro ogni carattere giurisdizionale e a far di essi degli organi *sui generis* di natura prettamente amministrativa), si dovrebbe ammettere che la creazione di queste cosiddette giurisdizioni speciali rappresenti in realtà una vera e propria dichiarazione di fallimento della funzione giuridica dello Stato. Se compito fondamentale dello Stato è non solo quello di porre astrattamente il diritto, ma anche quello di garantirne coattivamente l'attuazione nei casi concreti, noi ci troveremmo qui dinanzi al fenomeno veramente singolare di uno Stato, che dopo aver posto delle norme giuridiche, non solo si sottrarrebbe all'ufficio suo di decidere le liti secondo giustizia, cioè secondo le norme da lui stesso poste, ma addirittura si spingerebbe a imporre ai litiganti una decisione *ingiusta*, cioè diversa da quella che la stretta applicazione delle regole di diritto richiederebbe. Sarebbe dunque una vera e propria fuga dello Stato dinanzi ai suoi compiti di giustizia, giustificata dalle urgenti necessità del periodo guerresco;

---

(10) V. riassunto questo movimento da ZEILER, *Die vermittelnde Entscheidung* in *Rhein. Zeitschr.*, 1920, pag. 177.

(11) Sui quali cfr. MEYERS in *Themis* (olandese), 1916, n. 2.

colla istituzione di questi speciali organi destinati a troncar le liti nel modo più rapido possibile, alla militare, per dir così, lo Stato verrebbe a confessare che i tribunali giudicanti secondo il diritto sono oggetti di lusso, buoni per i periodi di calma in cui c'è tempo e denaro da buttar via, non per i periodi di intensa febbre sociale, in cui l'interesse collettivo reclama non tanto la sentenza giusta, lungamente meditata e rigorosamente motivata, quanto la risoluzione sbrigativa, che schiacci alla prima, o bene o male, il litigio.

Senonchè io penso che a intendere il significato costituzionale di queste giurisdizioni speciali giudicanti con poteri di amichevoli compositori, si possa giungere anche senza scorgere in esse un sintomo di abdicazione dello Stato alla sua funzione giuridica. Io credo, infatti, che questi nuovi organi del nostro ordinamento giudiziario siano vere giurisdizioni e che le loro decisioni siano anzichè larvati componimenti obbligatorî, vere e proprie sentenze, inspirate a criterî giuridici: credo anzi che lo Stato le abbia istituite, invece che per dichiarare il fallimento della sua giustizia, proprio per meglio adempiere al suo compito di realizzare questa giustizia, proprio per dare ai cittadini una giustizia più pronta e più aderente alle imperiose esigenze dei tempi nuovi.

4. — E' noto che, se logicamente la legge che pone il diritto rappresenta un *prius* di fronte alla sentenza che lo applica, storicamente è vero l'inverso, poichè nelle società primitive le concezioni giuridiche diffuse nella consociazione trovano formulazione nella speciale sentenza del giudice prima che nel generale comando del legislatore (12).

In questo sistema primitivo di produzione giuridica, che possiamo chiamare sistema della « formulazione giudiziaria del diritto », il giudice è posto direttamente a contatto colla coscienza popolare, nella quale il diritto fluttua allo stato di sentimento, non ancora fissato in precise norme razionali, e, da quella coscienza di cui egli stesso è partecipe come membro della consociazione, il giudice attinge la ispirazione per risolvere di volta in volta, secondo principî che egli non crea ma che già trova esistenti in sè, (13) le controversie che si presentano al suo giudizio: talchè, nessuno schermo intermedio frappo-

---

(12) Cfr. MAIORANA, *L'evoluzione storica dei rapporti fra la legislazione e la giurisdizione* in *Arch. giur.* 1889, n. 2; GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2ª ed., Paris, 1919, Vol. II, pag. 75; DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* (Milano, 1910), pag. 34.

(13) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 71.

nendosi fra il diritto e il giudice, questi si trova continuamente a contatto colla viva e fresca realtà sociale, e può sentirne i bisogni e fedelmente seguirne l'ascensione.

A questo sistema primitivo, lo Stato costituzionale moderno contrappone un altro sistema, giunto a perfetta maturità nelle codificazioni del secolo XIX, che possiamo chiamare della « formulazione legislativa del diritto »; per esso, mentre nell'altro sistema la norma giuridica vien trovata direttamente dal giudice al momento in cui egli stesso deve applicarla ad un concreto caso controverso, l'ufficio di trovar la norma giuridica viene affidato, secondo il principio della separazione dei poteri, a un organo diverso da quello incaricato di applicarla; il compito di interrogare la coscienza collettiva, di valutare gli interessi pubblici, di coordinare quel confuso fluire di sentimenti, di tendenze, di aspirazioni, onde scaturisce il diritto di un popolo in un certo momento della sua storia, vien tolto al giudice e assunto dal legislatore, il quale, senza attendere che la formulazione del diritto sia di volta in volta imposta dalla necessità di risolvere una controversia concreta, infonde preventivamente la sostanza giuridica espressa dalla stessa società in cui egli vive, in formule di carattere astratto e generale, che il giudice poi applicherà quando se ne presenterà l'occasione.

Così, affinchè il diritto, dalla coscienza sociale in cui vive allo stato inorganico, possa giungere a trasformarsi in sentenza, occorrono qui due tappe laddove nelle consociazioni primitive bastava una tappa sola: tra il giudice e il diritto, che nella sua realtà sociale è qualcosa di vivo, di mutevole, di pieghevole, si è frapposto ormai uno schermo rigido e fisso, che si chiama la legge, dalla quale il giudice non può torcere gli occhi per paragonarla colla società di cui essa si dice espressione, per accertarsi se veramente essa abbia tenuto conto di quegl'interessi e di quei sentimenti collettivi, che dovrebbero formare il suo contenuto sostanziale.

Questo non significa che, nel sistema della formulazione legislativa del diritto, il diritto si identifichi colla legge; al contrario, la legge resta non più che la espressione ufficiale del diritto, la sua fonte *formale*, mentre la fonte *materiale* del diritto, la sostanza di cui il legislatore si serve per riempir le sue formule verbali, esiste prima della legge e al disopra del legislatore (14); ma, ciò nonostante, dato

---

(14) Cfr. GENY, *Méthode*, I, pag. 70 e seg.; II, pag. 77 e note; *Science et technique en droit privé positif* (Paris 1915) II, pag. 220 e segg.; DONATI, *Lacune*, pag. 183. Sulla *non arbitrarietà* del diritto, cfr. DEL VECCHIO G., *Sulla positività come carattere del diritto* (Modena 1911) pag. 14, ed ora, dello Stesso, la bellis-

il principio della separazione dei poteri, il quale vieta al giudice di andare al di là della fonte formale e di verificare la sua corrispondenza con la fonte materiale, il giudice non è tanto un interprete del diritto, quanto un interprete della manifestazione di volontà emanante dal legislatore; così, mentre nel sistema della formulazione giudiziaria il giudice legge il diritto nel testo originale, nel sistema della formulazione legislativa il giudice può leggerne soltanto la traduzione, più o meno corretta, che il legislatore ne ha fatta nelle sue leggi (15).

Tale barriera posta tra il giudice e le vive scaturigini sociali del diritto è rafforzata dal dogma della completezza della legge scritta, che sta a base di tutte le codificazioni; fidandosi sulla cosiddetta « forza di espansione logica » della legge, il giudice deve, con imperturbabile impassibilità, cercare in una legge emanata cent'anni addietro la soluzione di tutti i problemi giuridici che un secolo di civiltà ha suscitati e che il legislatore di allora non potè neppure lontanamente prevedere. Se la legge più non risponde ai bisogni della società attuale, spetta al legislatore di oggi modificarla; ma, finchè al legislatore non piace di smantellare qualche torre di questo suo annoso castello, il giudice deve aggirarsi prigioniero tra le mura senza finestre, dimenticando che fuor da quella prigione il mondo vive all'aperto e senza posa si rinnovella.

Questa specie di segregazione legislativa cui il giudice è condannato nello Stato costituzionale uscito dalla Rivoluzione francese, si ripercuote anche sulla posizione che il giudice assume nel nostro ordinamento giudiziario. Se da noi il giudice non deve essere altro che un fedele interprete della volontà del legislatore, le qualità che più si devono pregiare in lui son quelle dell'acume logico, della fredda sapienza ragionatrice, dell'agilità tecnica nel servirsi di tutti gli strumenti dell'ermeneutica per sviscerare a pieno i secreti di un testo: il giudice non deve essere (come dev'essere invece nel sistema della formulazione giudiziaria del diritto) soprattutto un « uomo del suo tempo », capace di portare nel suo giudizio i sentimenti e le aspirazioni della società da cui esce; ma deve essere soprattutto un giurista, che, posto dinanzi a una norma giuridica, trascuri deliberatamente ogni indagine relativa alla bontà sociale del suo contenuto, e si fermi

---

sima prolusione *Sui principî generali del diritto* (pubblicata in *Arch. giur.* 1921 fasc. I) specialmente al § IX. Cfr. anche ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, n. 169.

(15) Fu detto efficacemente che « *la codification est un acte tranchant du législateur, qui coupe en quelque sorte le droit de ses origines* »; cfr. GENY, *Méth.*,

a indagare i soli problemi che si riferiscono al suo meccanismo formale (16).

S'intende così perchè la massima parte dei nostri giudici ordinarî siano reclutati tra i tecnici del diritto; e perchè si sia scartato da noi per gli ufficî giudiziarî il sistema della elezione popolare, il quale, facendo entrar nella scelta dei giudici criterî di partito, farebbe agire sugli organi incaricati di applicare la legge quelle tendenze politiche che, in regime parlamentare, devono farsi sentire unicamente sugli organi incaricati di formularla. S'intende altresì perchè da noi l'ufficio di giudice costituisca in generale un impiego permanente, destinato ad assorbire tutta l'attività del funzionario per meglio raffinarne la capacità tecnica; e perchè al giudice sia garantita la inamovibilità, che lo tiene, o lo dovrebbe tenere, al difuori e al disopra di ogni pressione politica, strumento di precisione adatto ad applicare qualunque legge, come un fonografo pronto a riprodurre qualunque voce impressa sul disco di cera.

5. — Quali e quanti siano, pure in mezzo a soverchianti pregi, gli inconvenienti del sistema che pone nella legge l'unica fonte formale del diritto, è ben noto: l'accusa fatta alla codificazione di fossilizzare il diritto e di gabellare come genuina espressione di una realtà in perpetuo divenire una formula statica capace tutt'al più di fissarne un momento storico subito superato dal fluir degli eventi, è ormai antica; e senza ripetere i motivi di vecchie polemiche, basta dare uno sguardo spassionato alla vita parlamentare italiana, per comprendere quanto di vero vi sia in quell'accusa. Là dove, affinchè la legge corrispondesse in ogni istante alle esigenze della vita sociale che mai non posa, occorrerebbe un organo legislativo sensibilissimo, sempre vigile sui nuovi orientamenti dello spirito pubblico, sempre pronto a sfrondar le leggi dai rami secchi per far posto ai nuovi germogli, noi, — e con noi tutti gli Stati a regime parlamentare — abbiamo degli organi legislativi pletorici e disorientati, travagliati da continue schermaglie di partito e da periodiche crisi di gabinetto, incapaci di rendersi conto con prontezza di ciò che il Paese vuole e di tradurre con prontezza in realtà giuridica le nuove aspirazioni sociali. A ciò si aggiungano tutti gli inconvenienti derivanti presso di noi da un tirannico accentramento legislativo, per il quale gl'interessi di regioni geograficamente eterogenee o di classi più eterogenee ancora vengono tutti indistintamente posti in mano ad un'assemblea centrale di uomini politici, in

(16) Si ricordi la gustosa caricatura del giudice giurista fatta dal KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto* (Trad. MAIETTI, Palermo, 1908, pag. 57).

gran parte avvocati, naturalmente tratti a risolvere in fascio i più svariati problemi con un criterio uniforme, mentre per cogliere le singolarità di ciascun problema occorrerebbero speciali competenze tecniche, precise esperienze locali che essi non possono avere: onde, anche se qualche legge riesce alla fine a giungere in porto, essa è in ultima analisi opera di una burocrazia irresponsabile, che dai suoi ufficî comanda, senza parere, allo stesso Parlamento, e che prepara i disegni di riforma per dovere di impiego, senza passione, senza convinzione, senza curarsi di serbare quel contatto col Paese che un legislatore in regime costituzionale non dovrebbe perdere mai.

Contro questi inconvenienti del sistema parlamentare (di cui sono indici eloquenti la riluttanza abituale degli organi legislativi ad affrontare problemi dei quali da decennî la scienza indica la soluzione; il continuo dissidio tra la lentezza delle riforme che arrivano troppo tardi e il rapido incalzar degli eventi che corrono più delle riforme; la emanazione di leggi che lo stesso legislatore sa destinate a non essere osservate poichè ad esse non corrisponde la convinzione generale della loro utilità, e il perpetuarsi sulla carta di tutta una legislazione superata dai tempi, che nessuno più rispetta e che lo Stato non ha più la forza di far rispettare) non sono mancate e non mancano proposte di riforme costituzionali, intese a far prevalere, nella composizione personale degli organi legislativi, gli elementi tecnici sugli elementi politici, o ad attuare un coraggioso decentramento legislativo che agli organi centrali riservi il compito di fissar le sole grandi linee, le sole direttive politiche della legislazione, e che la più precisa formulazione delle leggi affidi a speciali corpi tecnici o regionali (17).

Ma anche senza alterar l'attuale ordinamento costituzionale della funzione legislativa, si è da varie parti visto un rimedio ai difetti inseparabili da questo ordinamento in un ampliamento dei poteri del giudice di fronte alla legge. Nelle recenti codificazioni germanica e svizzera (18) si è fatto sempre più largo uso di varî accorgimenti di

---

(17) Il problema del decentramento ha dato luogo da noi a una letteratura così copiosa, a partire dal federalismo del periodo del Risorgimento per giungere sino all'antiparlamentarismo dei sindacalisti odierni, che sarebbe vano e superfluo qualsiasi richiamo bibliografico. Per la Francia, cfr. GENY, *Méthode*, I, pag. 63 e nota 1; SALEILLES, Prefazione a quest'opera, pag. XXIII e XXV; GLASSON, *La codification en Europe au* XIX *siècle* in *Revue politique et parlamentaire*, 1894, 2° semestre (Vol. II della serie) pag. 220-21 e 1895, 1° semestre (Vol. III della serie) pag. 224-228; DORADO, *Fonction de la loi et de l'autorité dans l'évolution sociale* in *Revue du droit public et de la science politique*, Vol. XII (1899, secondo semestre) pag. 227 nota 2, 244-251.

(18) Cfr. GENY, *Méthode*, II, pag. 183, nota 3.

tecnica legislativa, non sconosciuti del resto neppure al codice Napoleone (19), il cui scopo comune è quello di permettere in alcuni casi al giudice di affacciarsi direttamente sulla coscienza sociale contemporanea, per chiedere ad essa, senza passar per la legge, la soluzione di qualche problema giuridico: a ciò mirano, ad esempio, i sempre più frequenti rinvii che il legislatore nei suoi articoli fa al diritto consuetudinario, la sempre maggior latitudine che nella commisurazione di certe sanzioni giuridiche viene rilasciata all'apprezzamento discrezionale del giudice, il ricorso sempre più esteso a quelle norme legislative che per indicar la fattispecie cui sono applicabili usano volutatamente dei vocaboli di significato elastico e variabile, e che efficacemente sono state chiamate le valvole o gli organi respiratorî dello ordinamento giuridico, perchè proprio attraverso di esse il giudice può far penetrare, precisando secondo le concezioni in quel momento prevalenti nella società il contenuto di quelle formule vaghe, un po' di ossigeno nella sua prigione legislativa (20). Ma questi piccoli accorgimenti di tecnica legislativa non bastano soli a eliminar gli inconvenienti del sistema; ed ecco che, in questi ultimi decennî, la scienza, non paga di questi brevi pertugi sul mondo che lo stesso legislatore apre nel suo edificio, vuole addirittura abbatter dalle fondamenta i muri maestri e lasciar che sulle rovine circoli liberamente l'aria vivificatrice: ecco in Francia il metodo della interpretazione *progressiva* o *evolutiva,* che mira a ringiovanir perpetuamente la legge staccandola dalla volontà del legislatore e adattandola alla continua evoluzione del mezzo sociale in cui essa vive (21), ecco in Germania la scuola del *diritto libero* che contro la rigidezza della codificazione esalta fino all'assurdo la pieghevole agilità della formulazione giudiziaria del diritto (22); ecco, anche da parte di giuristi equilibrati e cauti com'è Francesco Geny, tutt'un lavorìo di chiarificazione vòlto a dimostrare

---

(19) *Ibidem,* I, pag. 214.

(20) Su questo argomento, (oltre la dottrina citata nei miei lavori: *La genesi logica della sentenza civile,* § 5; *Limiti tra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile,* n. 10, [cfr. il I° Vol. di queste *Opere*]; *La Cassazione civile,* II, n. 9) cfr. da ultimo Polacco, *La scuola di diritto civile nell'ora presente,* cit. pag. 116; Del Vecchio, *Sui principî generali del diritto,* cit. § X; Geny, *Méthode,* I, pag. 272; II, pag. 81 e specialmente tutto il n. 176 bis, aggiunto nella seconda edizione.

(21) Cfr. specialmente Donati, *Lacune,* pag. 198 e seguenti; Geny, *Méthode,* I, n. 97; Ferrara, *Trattato,* I, n. 51.

(22) Per la rassegna critica di tutto il movimento letterario tedesco sul diritto libero, cfr. da ultimo, Geny, *Méthode* 2ª edizione, epilogo, cap. IV, (Vol. II, pag. 330 e segg.); Ferrara, l. c. nella nota precedente.

quanto sia fallace il dogma dell'onnipotenza della legge e quanta parte spetti nella formulazione del diritto alla libera ricerca scientifica.

Orbene, proprio a tutta questa vasta corrente di idee che nella dottrina e nella pratica mira a contenere l'importanza della legge in limiti ragionevoli e a riavvicinar sempre più il giudice alle fonti prime del diritto, deve essere, a mio parere, riannodato il fenomeno delle giurisdizioni speciali decidenti con poteri di amichevoli compositori.

6. — Quando noi siamo giunti, poco fa, a dire che decidere « con poteri di amichevoli compositori » significa decidere senza applicare le regole di diritto, abbiamo con ciò voluto affermare che queste giurisdizioni speciali siano nel loro giudizio sciolte da qualunque vincolo, e autorizzate a decidere ad arbitrio, come comanda il loro capriccio? Evidentemente no: la dottrina ha sempre insegnato che l'amichevole compositore, se non è tenuto a giudicare secondo il diritto, è tenuto a giudicare secondo l'equità (23); e poichè in questa legislazione di guerra troviamo ripetutamente espresso, a meglio determinare l'ufficio di queste giurisdizioni con poteri di amichevoli compositori, l'avvertimento che esse devon giudicare « applicando criterî di equità » (24), esse possono appunto essere denominate « giurisdizioni speciali di equità » dal carattere che meglio le distingue.

Senonchè anche qui bisogna cercar di chiarir qual'è la sostanza che si nasconde in questa formula: che cos'è, infatti, questa equità

---

(23) Cfr. Cogliolo, *L'amichevole compositore*, cit. pag. 12; Galante, *Dir. processuale civile*, 2ª edizione, pag. 98-99. Già Vittorio Scialoia, nel suo discorso *Del diritto positivo e dell'equità*, aveva scritto (pag. 18): « Per coloro che, rifuggendo dai rigori del diritto positivo, amano meglio di farsi giudicare secondo l'equità più o meno naturale, non è forse aperta la via coll'arbitramento per amichevoli compositori? ».

(24) Es. decr. lt. 30 dicembre 1917, n. 2046, art. 2 (locazione di case); decr. lt. 17 febbraio 1916, n. 179, art. 4 (miniere di zolfo); decr. lt. 30 giugno 1918, n. 880, art. 7 (contratti agrarî). Talora poi la legislazione di guerra attribuisce agli stessi giudici ordinarî il potere di decidere secondo equità su certe speciali categorie di rapporti: es. decr. lt. 1 febbraio 1918, n. 102, art. 12 (cfr. Ferrara, *Diritto di guerra e diritto di pace*, cit., pag. 685). La facoltà di decidere con poteri di amichevoli compositori e applicando criterî di equità è attribuita di solito dalla legislazione di guerra anche ai collegi arbitrali nominati dalle parti in base ad arbitramento obbligatorio (cfr. le fonti citate nella nota 9). Anche prima della guerra erano state create speciali magistrature, che potevano decidere secondo equità le controversie ad esse deferite, oppure erano stati eccezionalmente attribuiti poteri di equità ai magistrati ordinarî in occasione di gravi calamità pubbliche: cfr. le disposizioni emanate in conseguenza del terremoto calabro siculo

secondo la quale questi speciali organi giurisdizionali devono decidere? Di equità, nel campo giudiziario, si parla in due sensi profondamente diversi. Talora il legislatore, ponendo una norma giuridica destinata a regolare in astratto una certa categoria di rapporti sociali, prevede che, data la multiformità che questi rapporti possono assumere in concreto e quindi la difficoltà di stabilire *a priori* una regola confacente a tutti, la rigida applicazione di questa norma, che nella maggioranza dei casi sarebbe socialmente utile, sacrificherebbe in altri casi degli interessi meritevoli di tutela, ma di cui la norma, nella sua formulazione generica, non può esplicitamente tener conto: e allora, guidato da queste considerazioni, il legislatore permette al giudice di applicare la norma con equità, cioè di temperarne il rigore in quei casi speciali in cui l'applicazione rigida di essa porterebbe al sacrificio di interessi individuali che il legislatore non ha potuto esplicitamente tutelare nella sua norma. Qui dunque per equità s'intende un modo di applicar la norma tenendo conto delle speciali circostanze del caso concreto: e appunto avendo riguardo a questa ipotesi si suol dire che l'equità non è che la giustizia del caso singolo, in quanto il richiamo ad essa è un espediente di tecnica legislativa per riparare alle inevitabili imperfezioni verbali di un testo che, dovendo esprimersi per astrazioni, non può prevedere esplicitamente tutte le possibili configurazioni concrete dei rapporti che regola: questa equità, che si dice *individuale,* non aspira a stabilire nuove norme astratte che si contrappongano a quelle emanate dal legislatore, ma interviene, per volontà dello stesso legislatore, tutte le volte in cui la soluzione giuridica di un caso può essere praticamente desunta soltanto dalla osservazione individuale di quel caso stesso (25).

Ma di equità si parla anche in un altro senso, che possiam dire *generale* o *sociale*: quando, partendo da un sentimento di equità naturale che si ritiene comune a tutto un popolo in un dato momento

---

del 28 dicembre 1908 (T. U. 19 agosto 1917, n. 1399, art. 484) e del terremoto del 13 gennaio 1915 (r. decr. 28 gennaio 1915, n. 48, art. 4 e 5): cfr. CHIOVENDA, *Principii,* pag. 440 e segg.; RAGGI, *Contributi all'apprezzamento del concetto di equità* (in *Filangieri,* 1919), pag. 40-41; FERRARA, *Trattato,* I, pagine 44-45.

(25) Su questo concetto di equità, che è poi quello aristotelico, cfr. DONATI (B), *Sul principio di equità* (in *Annali della facoltà di giurisprudenza,* di Perugia, 1913, 337) specialmente alle pagg. 358-363; MARIONI, *L'equità e la sua funzione nei giudizî* (in *Filangieri,* 1914) pag. 483 e 522; RAGGI, *Contributi all'apprezzamento del concetto di equità* (in *Filangieri,* 1919) pag. 42; GENY, *Méthode,* Vol. II, pag. 109 e segg. Cfr. anche: FADDA-BENSA in WINDSCHEID, *Pandette,* Vol. I pag. 136-139; PACCHIONI, *Elementi di dir. civile* (Torino, 1916), n. 9; DE RUGGIERO, *Istituzioni,* I § 6.

storico, si condanna come contraria a questo sentimento una norma di diritto positivo, considerata in sè indipendentemente dalla sua applicazione ad una fattispecie concreta, e si mira con ciò a contrapporre ad essa *in iure condendo* un'altra norma generale ed astratta meglio corrispondente a quel sentimento comune (26).

Orbene, quando si dice che le giurisdizioni con poteri di arbitri amichevoli compositori devono decidere applicando criterî di equità, non si fa certo riferimento alla prima specie di equità (chè sarebbe superfluo riconoscere il potere di temperare il rigore della legge secondo le speciali circostanze del caso, a questi speciali organi, i quali, come sappiamo, non sono in generale tenuti ad applicar la legge), ma si vuole invece richiamare la seconda specie di equità, quella che mira a creare, in contrapposto alle norme codificate, nuove norme giuridiche già vive nel sentimento comune, di cui gli amichevoli compositori sono chiamati a riconoscere l'esistenza. E' stato detto che, nel sistema della separazione dei poteri « tutto il valore dell'equità si ha nello stadio di formazione della legge » (27); e Vittorio Scialoia, invertendo un antico aforisma, osserva che nel nostro ordinamento costituzionale « *aequitas legislatori, jus judici magis convenit* » (28). Ora quando noi parliamo dei poteri di equità degli amichevoli compositori, diamo a questa parola lo stesso significato lato e comprensivo che le diamo quando diciamo appunto che il legislatore, nel formulare le sue leggi, deve obbedire all'equità: intendendo per equità quel complesso di fattori economici e morali, di tendenze e di aspirazioni vive nella coscienza di una certa società, di cui il legislatore tiene o dovrebbe tenere conto quando prepara una legge.

In fondo, quando si dice che l'amichevole compositore deve decidere secondo equità, adopriamo una parola vaga e imprecisa, che potrebbe senza danno essere sostituita da altre espressioni all'incirca equivalenti, come se si dicesse che esso deve decidere « secondo la sua coscienza » o « secondo il suo criterio discrezionale » (29).

---

(26) Cfr. GENY, *Méthode*, II, pag. 110-111; V. anche MICELI, *Sul principio di equità* (in *Studi in onore* di V. SCIALOIA, Vol. II, pag. 83) specialmente a pag. 89-90, *Sui rapporti tra equità e diritto naturale;* cfr. PACCHIONI, *Elementi*, n. 10; DEL VECCHIO, *Sui principî generali del diritto*, cit. § IX (pag. 48-50 dell'estratto).

(27) RAGGI, scritto cit. pag. 36; MARIONI, scritto cit. pag. 485-486; FERRARA, *Trattato*, I, pag. 44.

(28) Scritto cit., pag. 18.

(29) Cfr. GENY, *Méthode*, II, pag. 185; DONATI, *Lacune*, pag. 251; ROMANO, *Le giurisdizioni speciali* (in *Trattato* dell'ORLANDO, Vol. III) n. 37, pag. 549. Sui rapporti fra equità e potere discrezionale, cfr. anche il citato scritto del MICELI,

Ma l'espressione verbale conta poco; l'essenziale, che si nasconde sotto le diverse formule, è questo: che le giurisdizioni speciali, invece di trovarsi a dover applicare un diritto già fissato dal legislatore in norme scritte, si devono spingere a raccogliere il diritto dalle stesse fonti materiali alle quali di solito lo attinge il legislatore, tenendo conto di tutti quegli elementi sociali di cui di solito egli solo tien conto; invece di trovarsi di fronte ad un diritto già schematizzato in formule definitive, si trovano dinanzi a un diritto « allo stato inorganico » (30), a un diritto allo stato nascente. Benissimo lo Scialoia ha detto, parlando di questa forma di equità, che essa è « l'aspirazione di un popolo ad un certo diritto... Nell'equità la materia giuridica si trova allo stato amorfo e non depurato, nel diritto positivo invece essa è schietta e cristallizzata » (31).

Chiamiamola dunque equità, se così ci piace di dire; altri potrebbe, per indicare questo complesso di fattori sociali di cui di solito tien

---

specialmente a pag. 85-89. Lo ZANOBINI, *Esercizio privato*, n. 146, studiando con molta acutezza la funzione dell'arbitro amichevole compositore ricordato dall'art. 20 Cod. proc. civ. confuta l'opinione manifestata dal GALANTE (*Dir. proc. civ.*, pag. 117), secondo il quale gli amichevoli compositori, pur non essendo tenuti a decidere secondo il diritto positivo, sarebbero però tenuti a decidere secondo l'equità. « L'opinione che gli amichevoli compositori debbano decidere applicando le regole dell'equità — scrive lo Z. a pag. 351 — è assai comune; ma, a parte che essa non ha fondamento nella legge, dalla quale si può dedurre soltanto che gli amichevoli compositori non sono tenuti alla osservanza delle regole del diritto, è sempre un parlare molto vago ed equivoco il dire che l'equità è fonte di diritto, costituisce diritto oggettivo; l'equità, anzi, non altro essendo che un mezzo per correggere la rigidità delle norme giuridiche in vista della loro iniquità di fronte a un caso concreto, equivale a disapprovazione del diritto... »; talchè, conclude lo Z., è molto più esatto dire che all'amichevole compositore la legge « attribuisce... la facoltà di creare un diritto suo proprio, cioè di sostituirsi al legislatore ». Di fronte alle giurisdizioni speciali, alle quali la legge espressamente attribuisce il potere di decidere « secondo criterî di equità » non è più lecito dire, come lo Z. dice per l'arbitro amichevole compositore, che questo potere « non ha fondamento nella legge »; è molto più semplice, invece, dir che la legge, in questo caso, usa la parola *equità* in un senso vago e impreciso, ben diverso da quello tradizionale: in un senso che potrebbe colla stessa approvazione essere espresso dalle locuzioni *diritto naturale* o *diritto libero*.

(30) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 75.

(31) Scritto cit. pag. 18; altre definizioni dell'equità si studiano di mettere in luce il suo significato dinamico, tendenziale, quasi direi idealistico, di fronte alla legge che è il diritto nella sua realtà statica; WINDSCHEID, *Pandette*, I § 28 (trad. FADDA BENSA, Vol. I, pag. 83): « l'ideale che il diritto d'ogni popolo deve adoperarsi a realizzare »; RAGGI, scritto cit. pag. 46: « il diritto che vuol diventar legge »; MARIONI, op. cit., pag. 525: « una forza che spinge verso il diritto ideale di un popolo ».

conto il legislatore nell'emanar la sua legge, e di cui qui, senza il tramite del legislatore, deve tener conto direttamente il giudice, servirsi di altre espressioni, come sarebbe quella di *diritto libero*, o di *diritto giusto*, o di *diritto naturale* o di *diritto ideale* (32). Ma, torno a ripeterlo, le parole contano poco; quello che conta è affermare che queste giurisdizioni di equità sono chiamate a compiere un lavoro di diagnosi sociale che di solito da noi può compiere il solo legislatore. Ed ecco che, senza volerlo, siamo giunti a definire l'ufficio di queste giurisdizioni di equità con una formula che ricorda assai da vicino quella famosa adottata dall'art. 1 del Cod. civile svizzero, il quale, nei casi non previsti dalla legge nè dalla consuetudine, invita il giudice a decidere « secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore ». Questa disposizione del legislatore svizzero (33), che il nostro legislatore ha di recente imitata in un decreto relativo all'ordinamento giudiziario libico (34), è parsa alla dottrina tradizionale una novità di straordinaria audacia, quantunque notevolissimi precedenti di essa sia dato trovare nelle legislazioni anteriori, non escluse quelle degli Stati italiani del periodo intermedio (35); ma in verità, la portata di questa disposizione ci appare assai modesta, e assai poco audace il suo intento, se la paragoniamo con le nostre giurisdizioni di equità, finora non abbastanza considerate dagli studiosi, per le quali il ricorso alla comune coscienza giuridica non è, come per il giudice svizzero, un'*ultima ratio*, da esperimentar solo quando tace la legge e tace la consuetudine, ma è la fonte principale di diritto, alla quale questi organi di equità devono attingere non solo nei casi non previsti dalla

---

(32) Cfr. DONATI, *Lacune*, pag. 255.

(33) Sul significato di questa disposizione e sulla letteratura cui essa ha dato luogo, cfr. GENY, *Méthode*, 2ª ed., Vol. II, l'intero capitolo III dell'epilogo, pag. 308 e segg.

(34) Decr. lt. 15 aprile 1917 (norme complementari all'ordinamento giudiziario per la Tripolitania e la Cirenaica) art. 1 « nell'adattare le leggi alle condizioni locali, il giudice deve con le sue decisioni fissare la norma che meglio disciplini i rapporti controversi, apportando alle leggi quelle modificazioni che, se egli fosse stato legislatore, avrebbe stabilito per regolare gli stessi rapporti di diritto »: cfr. su questa disposizione le osservazioni del BERTOLA, in *Riv. dir. pubbl.*, 1919, I, 309.

(35) Nel *Volumen Statutorum legum ac iurium d. d. Venetorum* (1619) si trova detto nel Prologo primo che, qualora a supplir le lacune della legge non serva nè l'analogia, nè la consuetudine, « faza i nostri zudesi si come iusto et equo alla sua providentia parerà, abbiando Dio avanti gli occhi de la sua mente, sì che nel giorno del distretto esamine essi possano davanti al tremendo zudese rendere rason ». Per i precedenti nelle codificazioni, cfr. GENY, *Méthode*, I, pag. 223-25; II, pag. 309, nota 5.

legge, ma anche in quelli che la legge aveva finora espressamente disciplinati.

Bisogna peraltro guardarsi dal credere che queste giurisdizioni di equità abbiano il potere di creare *ex novo* il diritto, e di togliere vigore, senza e magari contro la volontà del legislatore, alle norme del diritto positivo. In realtà la posizione costituzionale di queste giurisdizioni di equità è tutt'altra; quando il legislatore, al momento di istituire una di queste giurisdizioni di equità, stabilisce che quindinnanzi tutte le controversie relative a una certa categoria di rapporti (per esempio al contratto di impiego privato) dovranno essere decise in giudizio non più secondo il diritto costituito, ma secondo l'equità, egli pone qualcosa di più di una semplice norma di diritto processuale rivolta ai giudici; egli pone una vera e propria norma di diritto sostanziale, la quale, mentre da una parte abroga tutte le regole di diritto positivo fino a quel momento vigenti per quella tal categoria di rapporti, dall'altra per quella stessa categoria di rapporti innalza l'equità a fonte formale di diritto (36). Se proprio è vero l'insegnamento di giuristi egregi, i quali si sono affaticati a dimostrare che l'ordinamento giuridico non ha lacune, poichè lo chiude, simile alla solida volta celeste in cui gli antichi immaginavano imprigionato il mondo, una generale norma esclusiva, sembra che il legislatore, quasi bramoso di sfuggire alla tirannica clausura di questo involucro inesorabilmente completo che è l'ordinamento giuridico, abbia trovato il modo di spalancarvi qualche breccia con il crear queste giurisdizioni di equità, che gli permettono di abrogare in blocco tutta una serie di norme legislative ormai invecchiate, senza poi perder tempo a riempire con altre leggi la breccia lasciata aperta da quelle abrogate, destinata d'ora innanzi a far penetrare nell'interno dell'ordinamento giuridico quel diritto ancora in elaborazione, che in forma di equità vive nella coscienza comune.

Pertanto non si può dire che questi speciali organi abbiano il potere di toglier vigore al diritto positivo o di creare un nuovo diritto: non posson toglier vigore al diritto finora esistente, perchè questo, per tutta la categoria di rapporti deferiti alla loro giurisdizione, ha già perduto ogni efficacia per volontà del legislatore, che in suo luogo ha dato riconoscimento di fonte formale all'equità; creare un diritto nuovo non possono neppure, perchè ormai l'equità, di cui essi son chiamati a dichiarare i dettati, è stata riconosciuta dallo stesso legislatore come

---

(36) Cfr. quanto sull'art. 1 del Codice svizzero scrivono: DONATI, *Lacune*, pag. 247; GENY, *Méthode*, 2ª ed., vol. II, pag. 315; GMÜR, *Die Anwendung des Rechts nach art. 1 des schweiz. Z. G. B.*, pag. 111.

fonte di diritto, ed è entrata quindi a far parte, in virtù di questo riconoscimento anticipato fattone dal legislatore, del diritto positivo, che i giudici non possono creare, perchè esiste già (come realtà giuridica, non solo come realtà sociale!), ma soltanto dichiarare.

La singolarità costituzionale di queste giurisdizioni di equità non consiste dunque in un potere di creare il diritto che esse non hanno; ma nel potere di ricercare e di riconoscere immediatamente le regole di quella equità o diritto naturale che dir si voglia, che di solito il solo legislatore può utilizzare per preparare il contenuto della sua legge, ma che qui eccezionalmente, essendo stato riconosciuto, ratificato in anticipo, firmato « in bianco », per così dire, dallo stesso legislatore, diventa direttamente utilizzabile dal giudice (37).

Il problema, così dibattuto nella dottrina, intorno all'opportunità di considerare *in jure condendo* il diritto naturale come fonte sussidiaria del diritto positivo (38), è stato dunque sia pure inconsapevolmente, risoluto dal nostro legislatore di guerra in senso affermativo. Come, per il regolamento giuridico di taluni rapporti sociali, la legge, che è la prima tra le fonti formali del diritto, rinvia alla consuetudine, la quale pur non essendo direttamente formulata dallo Stato, acquista, in seguito a questo rinvio, il carattere di una fonte formale *sussidiaria*, allo stesso modo, per tutte quelle categorie di rapporti che lo Stato ha deferito alle giurisdizioni di equità, il diritto naturale, ciò che si appalesa come diritto di fronte alla coscienza comune di una data classe in un dato momento storico (39), l'equità sociale, insomma, che di solito è la fonte materiale del diritto senza esserne la fonte formale, è diventata anch'essa una fonte formale sussidiaria, al pari della consuetudine: sussidiaria, dico, se abbiam riguardo alla totalità dell'ordinamento giuridico, la cui fonte formale preminente continua ad essere, per la massima parte dei rapporti sociali, la legge; ma principale, anzi esclusiva, se abbiamo riguardo a quelle sole categorie di rapporti, di fronte alle quali, fin da quando il legislatore le ha poste sotto l'im-

---

(37) *L'equità*, perciò, o, se si preferisce chiamarla così, il *diritto naturale*, diventa diritto dello Stato. « Ma può anche darsi (scrive il CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo* in *Trattato* dell'ORLANDO, Vol. III, pag. 39), che la formazione della norma giuridica, invece di essere affidata ad un organo speciale, sia dallo Stato lasciata alla società stessa, con il concorso indiretto ed il tacito assenso degli organi dello Stato... Lo Stato in tal caso si limita ad accordare a questa norma, che è pur sempre manifestazione di volontà del popolo organizzato, il suo riconoscimento e la sanzione ».

(38) DONATI, *Lacune*, pag. 243. Per una bibliografia completa sull'argomento, cfr., ora, la citata prolusione del DEL VECCHIO, *Sui principî generali del diritto*.

(39) DONATI, op. cit., pag. 251.

mediato regolamento dell'equità, il diritto scritto ha cessato di avere efficacia obbligatoria prevalente (40).

7. — Giunti a questo punto, sembra opportuno soffermarci un momento a considerare un po' da vicino la natura processuale delle sentenze pronunciate dai giudici di equità, allo scopo di dimostare come esse, non diversamente dalle sentenze dei giudici giusdicenti, abbiano carattere prettamente dichiarativo e *non costitutivo*.

Che le decisioni dell'arbitro amichevole compositore, contemplato dall'art. 20 del Cod. proc. civ., abbiano natura costitutiva, è comunemente ritenuto dalla dottrina: il Chiovenda insegna che l'arbitro ami-

---

(40) Faggella, *La legislazione bellica in relazione al diritto pubblico* (in *Riv. dir. pubbl.*, 1919, I, 343): « Il costante richiamo all'equità come fonte di diritto, mentre nel nostro comune sistema legislativo essa non è tale, vale in questo diritto bellico, e contribuirà anche nel diritto comune ad ammetterla come principio generale ». Molti scrittori sembrano restii ad ammettere apertamente che le giurisdizioni di equità abbiano potere di non applicare il diritto: il Ricca Barberis, *Sulla competenza delle commissioni arbitrali*, ecc. (in *Riv. dir. civ.* 1920, pag. 260, n. 7) scrive che il potere di decidere secondo equità « non autorizza a violare la legge, nel qual caso le decisioni delle commissioni arbitrali diventano impugnabili davanti all'autorità giudiziaria. Senza di ciò verrebbe meno nei cittadini la sicurezza dei proprî diritti, che è il cardine del civile consorzio »; e il Sechi (in *Foro it.*, 1920, I, 1005): « le commissioni... che si illudono di fare opera di pacificazione sociale disapplicando le leggi o torcendone il significato come loro sembra opportuno, commettono un grave errore... La pacificazione degli animi si ottiene con la giusta e rigorosa applicazione delle leggi senza oscillazioni e senza tentennamenti ». Senonchè, ragionando in questo modo si viene a togliere ogni significato a quelle disposizioni legislative che espressamente riconoscono a queste giurisdizioni il potere di decidere *non secundum legem* (cfr. testo, n. 2 e 3) e si dimentica che non possono violare la legge degli organi che, per la loro speciale ragion d'essere, non sono tenuti ad applicarla! S'intende però che questo potere, proprio delle giurisdizioni di equità, di decidere *non secundum legem*, non può essere illimitato: esso si estende soltanto nei limiti che il legislatore ha tracciato alla competenza di questi organi, e anche dentro questo limiti le giurisdizioni di equità non possono eccedere *in judicando* quei confini che la dottrina ha sempre posto al potere equitativo dell'arbitro amichevole compositore: cfr. Galante, *Dir. proc. civ.*, pag. 99, nota 1 e gli scritti ivi citati. Non solo dunque dovremo ritenere che la violazione o falsa applicazione di legge *in judicando* commessa dal giudice di equità nei limiti della sua competenza non sia in alcun modo da confondersi coll'eccesso di potere (cfr. in questo senso Brichetti, *I provvedimenti legislativi per i contratti agrarî* in *Riv. dir. civ.* 1917 pag. 486-494; Pavoni, *L'eccesso di potere delle commissioni mandamentali arbitrali*, in *Riv. dir. civ.* 1920, pag. 473-475); ma dovremo più esattamente dire che il giudice di equità, nei limiti in cui non è tenuto ad applicar la legge, non può mai commettere, com'è intuitivo, violazione o falsa applicazione di legge.

chevole compositore «... decide rapporti litigiosi, il che lo assimila all'arbitro, ma non necessariamente secondo il diritto, ciò che gli dà un potere modificativo o costitutivo dei rapporti » (41); lo Zanobini si dimostra implicitamente dello stesso avviso, poichè, partendo dal riconoscere all'amichevole compositore « la facoltà di creare un diritto suo proprio, cioè di sostituirsi al legislatore » (42), deve per necessità logica ammettere che la sua decisione dia vita *ex nunc* a rapporti giuridici che non esistevano prima della pronuncia; e più in generale il Donati afferma che qualunque sentenza pronunciata da un giudice nell'esercizio di un potere creativo (e quindi anche la decisione dell'arbitro amichevole compositore) è sempre « una sentenza *costitutiva* di diritto, una sentenza cioè dalla quale uno stato di diritto si inizia: si inizia dal momento della sentenza » (43).

A dimostrare che la decisione dell'amichevole compositore ha natura costitutiva, si può giungere, quando si tratti di un amichevole compositore scelto dalle parti, che il potere di pronunciare non secondo le regole di diritto *attinga da esplicita autorizzazione datagli dai compromittenti* (art. 20 Cod. proc. civ.), per due diverse vie.

Quando due cittadini tra i quali è sorta una vera e propria controversia civile (conflitto fra due interessi, ognuno dei quali pretende di avere ragione alla tutela giuridica) concludono un compromesso con espressa autorizzazione all'arbitro di decidere con potere di amichevole compositore, danno vita a un negozio giuridico nel quale è facile ravvisare molti punti di contatto colla vera e propria transazione: ambedue i compromittenti, infatti, consentendo a far decidere la controversia in modo diverso da quello che lo stretto diritto comporterebbe, intendono implicitamente rinunciare a esigere fino in fondo ciò che ciascuno di essi avrebbe creduto di potere pretendere se la lite fosse stata sottoposta ad una decisione rigorosamente giuridica.

C'è dunque, nell'uno e nell'altro, l'intenzione *generica* di transigere; con questa differenza dalla vera e propria transazione, che qui le parti, invece di determinare esse stesse il contenuto della transazione, affidano a un terzo, che è appunto l'arbitro amichevole compositore, l'ufficio di fissare i termini specifici dell'accordo di volontà genericamente documentato nel compromesso, allo stesso modo che, per l'articolo 1454 del Cod. civ. possono i contraenti, dopo essersi genericamente vincolati a concludere una compravendita, rimettere ad un terzo la specifica determinazione del prezzo. Il compromesso che

---

(41) *Principii*, pag. 113. Cfr. anche CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, n. 16.
(42) *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, pag. 352.
(43) *Lacune*, pag. 214.

autorizza l'arbitro a decidere non secondo le regole di diritto contiene, perciò, non solamente una rinuncia di natura processuale alla cognizione dell'autorità giudiziaria (rinuncia contenuta anche nel compromesso ordinario che rimette agli arbitri la decisione *secundum jus*), ma contiene altresì una rinuncia di natura sostanziale alla soddisfazione giurisdizionale di interessi ai quali il diritto positivo avrebbe accordata una tutela che l'amichevole compositore è in facoltà di non accordare; questa speciale forma di compromesso si può dunque paragonare a una transazione « in bianco », e l'amichevole compositore, quando riempie, secondo l'incarico avuto dalle parti, questo schema, questo disegno di transazione genericamente stipulato dalle parti, ha posizione analoga a quella dell'*arbitrator*, in quanto anch'egli è chiamato a completare un negozio giuridico lasciato volontariamente indeterminato dai contraenti in uno dei suoi elementi. Da questo punto di vista la decisione, colla quale l'amichevole compositore esaurisce l'ufficio affidatogli dalle parti, ha natura costitutiva, perchè essa, anzichè un semplice accertamento di rapporti giuridici già esistenti, perfeziona un negozio giuridico nuovo che si basa sulla volontà delle parti di sostituire al rapporto litigioso un diverso rapporto giuridico, derivante dal componimento amichevole delle rispettive pretese (44).

A dimostrare la natura costitutiva del lodo emesso dall'arbitro amichevole compositore si può giungere, peraltro, anche battendo quella via di ragionamento che il Donati segue per arrivare, più in generale, alla stessa conclusione rispetto alle pronuncie emesse da qualsiasi giudice, che sia fornito del potere di allontanarsi nel decidere dalle norme del diritto positivo. Il Donati ragiona così: poichè ogni ordinamento giuridico, al disopra delle disposizioni particolari che regolano i casi espressamente preveduti dal legislatore, viene necessariamente completato da una generale norma esclusiva, sotto la quale cadono gli altri casi, non espressamente preveduti (45), è necessario ritenere che tutti gli infiniti casi possibili nella vita pratica trovano nel diritto positivo la norma che li regola e che quindi ogni emanazione di nuove norme giuridiche costituisce, anche se si riferisce a casi non ancora espressamente preveduti dall'ordinamento giu-

---

(44) A questa concezione dell'arbitro amichevole compositore si accosta il CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, n. 16, secondo il quale, quando i compromittenti consentono all'arbitro la facoltà di decidere una loro controversia non secondo il diritto, vengono con ciò a trasformare in conflitto di interessi semplici quello che finora era un conflitto di interessi giuridici, e con ciò a dare all'*arbiter* la funzione di un vero e proprio *arbitrator*.

(45) *Lacune*, n. 4 e 5.

ridico, una modificazione del diritto finora vigente (46). Dato che nessun caso esiste pel quale manchi una norma del diritto positivo, l'esplicito conferimento di un potere creatore fatto dalla legge al giudice in taluni casi eccezionali, non significa già che per questi casi vi abbia nell'ordinamento giuridico una lacuna, ma significa soltanto che, pur esistendo anche per questi casi una norma — sia pur quella generale esclusiva — nell'ordinamento giuridico, la legge conferisce al giudice il potere di derogare ad essa in relazione ai casi medesimi: onde il caso sarà regolato dalla norma contenuta per esso nell'ordinamento giuridico fino a che a suo riguardo non venga provocato l'intervento del magistrato; da questo momento in poi, esso sarà regolato dalla norma che dal magistrato appunto venga stabilita (47). Con che la natura costitutiva della sentenza resa dal giudice nell'esercizio di un potere creatore viene ad essere dimostrata.

Questo ragionamento del Donati può essere senz'altro applicato alle decisioni degli arbitri amichevoli compositori; quando i compromittenti consentono all'arbitro di decidere il rapporto controverso secondo le regole del diritto positivo, non per questo cessano di avere vigore le norme positive sotto le quali il rapporto rientra: solamente quando l'arbitro avrà emesso il suo lodo, una nuova situazione giuridica sarà creata da questa pronuncia; ma fino a che questa pronuncia costitutiva non sarà intervenuta, il rapporto litigioso permarrà sotto l'impero di quelle norme giuridiche dalle quali dovrebbe dichiararlo regolato una decisione che fosse un semplice accertamento giurisdizionale.

Siamo giunti così a ritenere, da due diversi punti di vista, la natura costitutiva del lodo emesso dall'arbitro amichevole compositore; ma le stesse ragioni che si possono addurre finchè siamo dinanzi alla decisione di un arbitro privato, autorizzato *dagli stessi compromittenti* a decidere secondo l'equità una controversia singola, si può ritenere che valgano anche quando ci troviamo di fronte alle pronuncie di organi giudiziarî pubblici, ai quali il potere di decidere secondo equità tutte le controversie ad essi affidate è conferito *dallo Stato*? A noi sembra di no, in quanto, allorchè l'amichevole compositore da arbitro privato si trasforma in un giudice pubblico, vengono a cadere le premesse sulle quali abbiamo precedentemente basato il nostro ragionamento. Infatti, per poter sostenere come abbiam fatto *sub a*), che la pronuncia dell'amichevole compositore non è che la deter-

---

(46) *Ibidem*, n. 20, pag. 137.
(47) *Ibidem*, pag. 212-213.

minazione del contenuto di una transazione genericamente conclusa dai compromittenti, bisogna risalire alla volontà dei compromittenti stessi, i quali col dare all'arbitro i poteri di amichevole compositore, hanno rinunciato a perseguire quella decisione *secundum ius*, cui avevano finora diritto; ma quando, come avviene invece nel caso delle giurisdizioni di equità, il potere di decidere le controversie non secondo le regole di diritto è conferito dallo Stato, in modo che le parti, anche se preferissero di provocare una decisione *secundum ius*, sono tuttavia obbligate a sottostare alla pronuncia di un organo pubblico che può nel decidere allontanarsi dal diritto positivo, come si potrebbe ricollegare la natura costitutiva della pronuncia ad una pretesa volontà generica di transigere, che qui le parti certamente non hanno in alcun modo manifestato? Le parti, qui, non intendono affatto di rinunciare in via di amichevole componimento alla tutela giuridica: esse, portando il loro litigio dinanzi allo speciale organo di equità che lo Stato ha istituito per tutta una categoria di controversie, intendono puramente e semplicemente di far *dichiarare* il loro diritto preesistente all'accertamento giudiziario. Nè si può, d'altro canto, affermare per queste giurisdizioni di equità, come abbiam fatto *sub b*) per gli arbitri amichevoli compositori, che i rapporti litigiosi deferiti alla loro competenza restino, fino al momento in cui venga emessa la decisione secondo equità, sottoposti alle norme del diritto positivo. In verità, per tutti i rapporti deferiti dallo Stato alla decisione di queste giurisdizioni speciali, *non esiste altro diritto positivo all'infuori dell'equità*; come precedentemente si è cercato di dimostrare (n. 6 in fine), sarebbe inesatto ritenere che solo in virtù di ogni singola decisione di queste giurisdizioni speciali l'equità venga a prevalere sul diritto positivo limitatamente alla fattispecie decisa; mentre, al contrario la sostituzione dell'equità naturale al diritto positivo come fonte di norme obbligatorie è già avvenuta in un momento anteriore, fin da quando un atto legislativo ha sottratto in generale alla giurisdizione ordinaria tutte quelle categorie di rapporti che ha deferite alla decisione di uno speciale organo di equità.

Le sentenze pronunciate dalle giurisdizioni di equità hanno perciò, a differenza dei lodi emessi dagli arbitri amichevoli compositori, carattere prettamente dichiarativo; in quanto non mirano a dare al rapporto controverso un regolamento giuridico diverso da quello che esso aveva finora, ma mirano soltanto ad accertare in qual modo, prima e fuori del processo, il rapporto controverso si trovava già regolato da quei principî di equità naturale, ai quali il legislatore ha attribuito in quel campo forza obbligatoria di diritto positivo. Nè varrebbe, per negare il carattere dichiarativo di queste sentenze, obiettare che in realtà i principî di equità naturale, secondo i quali il legislatore

vuole che sian regolate certe categorie di rapporti, non hanno per affermarsi in pratica altra via che quella giudiziaria, e che quindi concretamente cominciano ad esistere solo quando il giudice riesce a isolarli in formule precise fuor da quell'informe fluttuar di sentimenti e di aspirazioni sociali, in mezzo al quale non si può dire che essi vivessero finora di una propria separata esistenza (48); chè, anzi, a dare sempre più vasto incremento alle giurisdizioni di equità il legislatore è stato indotto per l'appunto dal rilevare che la ostilità di certe classi contro alcuni istituti ormai invecchiati del diritto positivo non si limitava più a un atteggiamento negativo di irrequietezza e di insoddisfazione sentimentale, ma si spingeva ormai a ricostruir positivamente per proprio conto un nuovo diritto maturo e consapevole di sè, al quale gl'interessati cominciavano già a prestare, senza bisogno di alcun suggello legislativo, spontaneo riconoscimento.

Per dimostrare il carattere dichiarativo delle pronuncie emesse dalle speciali giurisdizioni di equità non mi pongo dunque da un punto di vista filosofico, come fa qualche seguace della scuola del diritto libero, il quale osserva che, ove pur si mettessero in pratica i dettami di questa scuola, il giudice non *creerebbe* il diritto, ma si limiterebbe a *riconoscerlo*, come oggi si limita a riconoscerlo, quale vive già nell'ambiente sociale, il legislatore (49); mi pongo invece da un punto di vista strettamente giuridico, in quanto, considerando come fonti formali di diritto soltanto quelle che lo Stato pone, o direttamente o *mediante rinvio* (50), penso che le sentenze pronunciate dalle giurisdizioni speciali in applicazione di quei principî di equità ai quali il legislatore espressamente rinvia il giudice, non possono avere carattere costitutivo più di quanto lo abbia la sentenza pronunciata dalla autorità giudiziaria ordinaria in quelle materie in cui lo stesso legislatore autorizza il giudice ad applicare come norma obbligatoria il diritto consuetudinario (51).

8. — Possiamo ora comprendere perchè proprio nell'agitato periodo bellico il nostro legislatore si sia indotto a moltiplicare le giurisdi-

---

(48) Cfr. DONATI, *Lacune*, pag. 213; HELLWIG, *Lehrbuch*, II, pag. 168 e segg.

(49) Cfr. DONATI, *Lacune*, pag. 182 e segg.

(50) *Ibidem*, pag. 31.

(51) Quanto è detto nel testo sulla natura meramente dichiarativa delle sentenze pronunciate dalle giurisdizioni di equità può parere in contraddizione con quanto altra volta ebbi occasione di scrivere sulla natura delle sentenze determinative o dispositive (*Limiti tra giurisd. e amm.* nn. 11-13) [nel Vol. I di queste *Opere*], che considerai come sentenze costitutive. Mi riserbo di tornare di proposito

zioni di equità; perchè mai come in questo periodo si sono fatti sentire i pericoli dell'accentramento legislativo, e mai si è intesa così urgente la necessità di avere un diritto mutevole, adattabile, rispondente senza indugio a tutti i bisogni dell'ora.

Un primo gruppo di queste giurisdizioni speciali deve essere messo in relazione coi subitanei capovolgimenti di valori che il cataclisma guerresco produsse nell'economia mondiale; il diritto dell'anteguerra, espressione di una economia pacifica, apparve subito in molti punti inadeguato alle nuove situazioni economiche che scaturirono dagli eccezionali avvenimenti; e poichè fu chiaro che la crisi avrebbe avuto una durata superiore ad ogni previsione e che lontano era il tempo in cui un nuovo equilibrio di valori sarebbe stato stabilmente raggiunto sui mercati, il legislatore dovè rinunciare a porre, in luogo delle norme non più corrispondenti ai tempi, altre norme definitive che domani probabilmente sarebbero apparse anche esse non più adeguate alle condizioni novamente alterate dell'economia nazionale, e dovè adattarsi a creare degli speciali organi giurisdizionali, incaricati di tener continuamente d'occhio le fluttuazioni dei valori, e di trovare giorno per giorno, ora per ora per dir così, la norma giuridica meglio appropriata alle particolari situazioni di un determinato momento economico.

Tipiche, in questo gruppo di giurisdizioni speciali, mi sembrano quelle commissioni arbitrali istituite dal decr. lt. 30 giugno 1918 n. 880 per risolvere con criterî di equità le controversie relative alla esecuzione di certe pattuizioni contenute nei contratti agrarî (per esempio quelle relative alla riconsegna delle scorte vive o morte), il fondamento economico dei quali era stato dalla guerra profondamente alterato (52).

---

su questo argomento, per esaminare se vi siano motivi per ritenere che le sentenze rese dai giudici giusdicenti nell'esercizio di un potere discrezionale ad essi attribuito dalla legge per un caso singolo abbiano natura diversa da quelle rese dalle giurisdizioni speciali che tutte le controversie ad esse affidate devono decidere secondo equità.

(52) Cfr. su questo argomento le circolari del Ministero della Giustizia 5 nov. 1918, n. 1969 e 27 luglio 1919, n. 1993 (in *Lex*, 1918, pag. 1537 e 1919, pag. 937), le quali spiegano quali sono stati i perturbamenti economici che hanno resa necessaria la istituzione di questa giurisdizione speciale. Anche altre giurisdizioni speciali hanno origine analoga: nel decr. lt. 30 settembre 1915, n. 1444 (zolfare siciliane) art. 11 è detto espressamente che è ufficio del giudice speciale quello di decidere « ripartendo con criterio di equità, fra proprietarî ed esercenti, gli oneri eccezionali, ed imprevedibili determinati dallo stato di guerra etc. ».

Accanto a questo gruppo di giurisdizioni d'equità altre, più numerose e scientificamente più interessanti, sorsero per motivi un po' diversi. Come nell'urto della battaglia una armatura scricchiola nei punti in cui più logore sono le maglie, così in quel grande scontro di popoli che fu la guerra l'ordinamento giuridico rivelò subito quali erano i suoi punti più deboli. Istituti giuridici, che in regime normale avrebbero continuato per decennî a trascinar la loro vita grama, rivelarono, alla prova del fuoco, la loro decrepitezza: quel sentimento di solidarietà sociale che, dinanzi al nemico, pervase tutta la vita del Paese, senza arrestarsi dinanzi alle tradizionali idee della libertà individuale e della proprietà privata, impose l'immediata attuazione di riforme che durante la pace erano sembrate utopie, e la cui maturità d'improvviso scaturiva dalla coscienza del popolo in armi.

La guerra accelerò incredibilmente il ritmo della evoluzione sociale, precisò tendenze, pose minacciosi dilemmi: come una gran vampa estiva venuta fuori di tempo, che risveglia a mezzo inverno i germi ancora sonnecchianti, dette improvvisa audacia e prepotente bisogno di attuazione a idee delle quali mai prima di ora il legislatore aveva supposto la pratica attuabilità. Ed ecco che per risolvere tutto questo formidabile incalzar di problemi, per tener dietro a questo febbrile correre di eventi, il legislatore si trovò ad avere a disposizione soltanto quel lento e vecchio veicolo parlamentare a base di commissioni e di logomachie, che appena appena gli era bastato durante la pace per tener dietro zoppicando al placido ritmo della vita normale.

Impotente a risolvere d'un tratto in modo ponderato e definitivo problemi così eterogenei e così difficili in un periodo in cui le necessità dell'agire toglievano al governo ogni possibilità di studiare, il legislatore ricorse, in quei campi in cui più si sentiva necessaria una riforma del diritto vigente, alla istituzione di giurisdizioni di equità, alle quali quindinnanzi era affidato l'ufficio di trovare, attraverso l'esperimento pratico, quale fosse la norma più confacente ai nuovi bisogni. Il legislatore così, sottoponendo a queste nuove giurisdizioni tutto intero un ramo di rapporti sociali, non si è curato tanto di fissar per essi il diritto nuovo, che egli non aveva tempo e modo di formulare definitivamente, quanto di liberare, nei punti in cui le riforme apparivan più urgenti, la vita sociale dalla cappa di piombo delle vecchie leggi, lasciando al giudice l'ufficio di interpretare e di determinare le nuove tendenze in divenire.

In questo modo egli ha evitato gl'intoppi della procedura parlamentare, perchè ha lasciato che il nuovo diritto fosse attinto direttamente dal giudice posto a contatto colla coscienza sociale; è sfuggito al pericolo dell'accentramento legislativo, perchè ha deferito la formu-

lazione del diritto a una pluralità di organi decentrati, capaci nel decidere di tener conto delle speciali esigenze regionali; ha interrotto la serie delle leggi improvvisate dalla burocrazia incompetente, perchè a comporre queste giurisdizioni di equità ha chiamato rappresentanti delle classi interessate, tecnicamente consapevoli della realtà dei rapporti da regolare e dei bisogni da soddisfare.

A questo larvato decentramento legislativo, mediante il quale il legislatore apre direttamente il varco al diritto nuovo che preme sotto la legge invecchiata, già si ricorse talvolta prima della guerra, a cominciare dalla istituzione del probivirato industriale (53). Durante la guerra, però, a questo espediente costituzionale si è fatto ricorso assai più largo: basti citare qui, a titolo di esempio, le giurisdizioni speciali sorte in questi ultimi anni per decidere, secondo criterî giuridici ben diversi da quelli scritti nel Codice, le controversie in materia di locazione di case (54), le controversie relative al contratto di lavoro agricolo (55), o le controversie relative a quel contratto di impiego privato, la cui definitiva formulazione giuridica, finora frammentaria ed imperfetta attraverso i varî provvedimenti emanati durante la guerra sull'argomento, è stata ora rilasciata a « commissioni miste » con poteri giurisdizionali (56).

9. — La speciale funzione delle giurisdizioni di equità, che è quella di formulare direttamente il diritto da applicare al caso concreto, e non quella di applicare un diritto già formulato dal legislatore, influi-

---

(53) Nella dottrina non è concordemente ammesso che i probiviri siano giudici d'equità (cfr. in senso negativo CHIOVENDA, *Principii*, pag. 505; in senso affermativo LESSONA, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, pag. 232; CARNELUTTI in *Riv. dir. comm.*, 1918, I, pag. 33); ma i lavori parlamentari sono unanimi nel mettere in luce questo peculiare potere dei probiviri: cfr. per ultimo Relaz. Cocco ORTU al Dis. 27 novembre 1909, Legislazione XXIII Sessione 1909, Documento n. 269 A. pag. 5; Relaz. ABBIATE, 15 marzo 1913 allo stesso Disegno, Legislatura XXIII, 1909-13, Doc. n. 269-A. Cfr. anche REDENTI, *Massimario*, nn. 8-12 e per il dir. francese GENY, *Méthode*, II, pag. 112.

(54) Cfr. Decreto lt. 22 ottobre 1911, n. 1422, art. 2 (affitti di fabbricati nel comune di Venezia); decr. lt. 8 marzo 1917, n. 403, art. 3; decr. lt. 30 dicembre 1917 n. 2046, art. 3; r. decr. 4 gennaio 1920, n. 1 e 18 aprile n. 475, art. 1 e segg. (Commissario degli alloggi: è notevole a conferma delle considerazioni svolte nel testo sulla natura delle giurisdizioni di equità, l'art. 6 di questo ultimo decr., il quale, dando al Commissario la facoltà di sospendere gli sfratti lo incarica di « accertare la necessità morale e sociale della sospensione »).

(55) Decr. lt. 8 agosto 1915, n. 1220, art. 7; decr. lt. 30 maggio 1916, n. 645, art. 11 e segg.; decr. lt. 2 novembre 1916, n. 1480, art. 11 e segg.

(56) Decr. lt. 9 febbraio 1919, n. 112, art. 13 e 14.

sce in modo evidentissimo sulla costituzione personale di questi speciali collegi, i cui componenti vengono scelti in base a principî assolutamente opposti a quelli che vigono per il reclutamento dei giudici ordinarî.

In queste giurisdizioni speciali i giuristi non hanno fortuna; qui non si tratta di pesare sapientemente sulle bilance dell'ermeneutica il significato di formule già cristallizzate, ma di ascoltare direttamente la vita sociale che pulsa, con tutti i suoi sentimenti, con tutte le sue aspirazioni, con tutti i suoi conflitti; non quindi giudici dotti occorrono qui, maestri nel ragionar sul diritto già formulato, ma giudici tecnici, che, pur ignorando il diritto codificato di ieri, sentano potentemente gli interessi che il diritto di domani dovrà tutelare. Infatti in queste giurisdizioni di equità i giuristi sono appena tollerati, come elemento neutrale, come tessuto connettivo; e la maggioranza dei giudici è costituita da gente digiuna di studî giuridici, da industriali, da agricoltori, da operai, cioè da persone che concorrono a costituire quella coscienza comune che qui si utilizza direttamente come fonte di diritto (57).

Assai di frequente è adottato in queste giurisdizioni speciali il sistema della nomina elettiva dei giudici, fatta dalle classi interessate, o direttamente come avviene per i probiviri, o per il tramite delle loro associazioni sindacali (58). E' noto che il sistema del giudice elettivo è indicato dalla scuola del diritto libero come il solo che permette

---

(57) Cfr., su questo concetto, al quale si inspira, in Italia e all'estero, la costituzione della maggior parte degli organi giudiziarî speciali, CARNELUTTI, *Giurisdizione e procedura delle controversie in materia di infortunî*, in *Riv. dir. comm.* 1918, I, pag. 220. Qualcuno resuscita oggi l'idea che pareva per sempre seppellita dalla Rivoluzione francese, di introdurre come regola generale la giuria anche dinanzi ai tribunali ordinarî in materia civile: e crede che questa partecipazione ai giudizî civili di persone sfornite di cultura giuridica specializzata, sarebbe l'unico mezzo per ristabilire un più stretto contatto fra la giurisprudenza e la realtà sociale, e per riportare nel popolo la fiducia, oggi invero assai scossa, nella giustizia. Cfr. GUTTMAN, *Die Umgestaltung des Zivilprozesses* (Berlin, 1919) cap. 2 (*Das Schöffenzivilgericht*) in cui si propone che i tribunali civili di prima istanza siano costituiti da un giudice giurisperito, presidente, e da due giurati non giuristi, scelti, a periodi non troppo brevi, fra tutte le classi sociali.

(58) Per il decr. lt. 22 ottobre 1919, n. 1422, art. 1, a far parte del collegio istituito per dirimere le controversie relative ai pagamenti delle pigioni in Venezia è chiamato « un delegato delle associazioni fra i proprietari di case ». In genere però la scelta dei rappresentanti di classe viene commessa, per ragioni di semplicità, a pubbliche autorità (autorità giudiziaria, prefetto etc.), le quali talora però devono, prima di far la scelta, sentire il parere dell'associazione di classe (es.: decr. lt. 6 maggio 1917, n. 871, art. 16; decr. lt. 23 agosto 1917, n. 1450, art. 12; decr. lt. 30 giugno 1918, n. 880, art. 6).

al giudice di essere il sincero portavoce della coscienza popolare (59), e s'intende perciò come questo sistema, che non vige da noi per la giurisdizione ordinaria, sia stato ammesso anche da noi per queste giurisdizioni di equità, le quali possono tanto meglio adempiere al loro speciale ufficio quanto più i loro componenti siano diretta emanazione delle classi interessate nelle controversie da decidere. Anche in quei casi, del resto, nei quali il legislatore di guerra ha dovuto per ragioni di comodità pratica preferire anche per qualcuna di queste giurisdizioni speciali la nomina governativa alla nomina elettiva, ha sempre cercato di scegliere i giudici secondo il criterio della rappresentanza di classe, adottando in questi collegi quella composizione, introdotta fin dal 1893 per le giurie dei probiviri (60), che si suol chiamare « paritaria » o « paritetica »; la quale pone a fronte, sotto la presidenza di un elemento neutrale, rappresentanti in pari numero di due classi sociali in conflitto: proprietarî di miniere di fronte a esercenti delle medesime (61); proprietarî di aziende agrarie di fronte a coloni (62); padroni di casa di fronte a inquilini (63); principali di fronte a impiegati (64); e così via.

In questo modo il legislatore utilizza la lotta di classe, che in queste commissioni paritarie viene legalmente riconosciuta e si potrebbe dire incanalata, per ottener la formulazione di un diritto che sia veramente un mezzo di pacificazione fra le classi; costringe, cioè, la lotta di classe a elaborare essa stessa i rimedî che devon guarirla (65). Il conflitto giuridico fra due litiganti singoli, che queste commissioni paritarie sono chiamate a decidere, serve a rivelare ai rappresentanti di classe che fanno parte del collegio giudicante un più ampio e generale conflitto di interessi collettivi, di cui la controversia da decidere non è che un episodio: così la decisione di questa controversia non è che una occasione, un pretesto si può dire, che serve ai giudici, messi direttamente in lizza dal legislatore neutrale, per ricercare, nell'urto dei rispettivi interessi di classe, quel giusto mezzo, quell'equilibrio di forze, quel limite, che è, infine, il diritto (66).

---

(59) Donati, *Lacune*, pag. 26-27.

(60) Cfr. Redenti, *Massimario*, cit. pag. 12 e nota 39.

(61) Decr. lt. 17 febbraio 1916, n. 179, art. 1 e segg.

(62) Decr. lt. 18 agosto 1915, n. 1220, art. 11.

(63) Decr. lt. 8 marzo 1917, n. 403, art. 3.

(64) Decr. lt. 9 febbraio 1919, n. 112, art. 13.

(65) Cfr. Maiorana, scritto cit., pag. 582-83.

(66) Cfr. Carnelutti, *La nuova procedura per le controversie sugli infortuni nell'agricoltura* (in *Riv. dir. comm.* 1918, I, 31) n. 2; *Per la riforma della legge sugli infortuni industriali* (in *Riv. dir. comm.*, 1920, I, pag. 173, n. 40).

Si comprende infine, seguendo questo stesso ordine di idee, la ragione per la quale i componenti di queste giurisdizioni speciali non sono posti, come i giudici ordinarî, nella condizione di impiegati permanenti e inamovibili; qui, infatti, poichè i giudici non devono essere sapienti legisti, ma fedeli interpreti del sentimento popolare, si respinge *a priori* tutto quanto possa servire a burocratizzare la loro funzione e a farla prigioniera di un chiuso spirito di casta che la separerebbe dalle fonti vive in cui deve perpetuamente rinfrescarsi, e si mira a mantener vigile la sensibilità sociale del collegio mediante una frequente rinnovazione dei suoi componenti, mediante un costante ricambio tra le classi e coloro che nel collegio son destinati a rappresentarle.

In conclusione, dunque, mi par chiaro che, mentre l'ordinamento interno dei tribunali ordinarî è in tutti i suoi particolari preordinato a escludere dalla giustizia ogni influsso di natura politica, la costituzione organica di queste speciali giurisdizioni di equità è tutta quanta orientata a far penetrare nei giudizî la politica, cioè tutte quelle considerazioni di opportunità e di giustizia sociale, di cui per solito non il giudice tien conto, ma solo il legislatore nel formulare le sue leggi.

Questa osservazione ci permette di intendere la vera ragione di quella diffidenza quasi istintiva che le classi più umili della società provano di fronte alla magistratura ordinaria composta di uomini di legge, e in generale di fronte a tutti i giuristi, avvocati compresi (67). Di questa diffidenza, ripetute attestazioni si trovano anche nella letteratura socialista degli ultimi anni, nella quale è ormai luogo comune l'accusa rivolta alla magistratura di essere lo strumento di una giustizia di classe, attraverso la quale si riaffermerebbe ogni giorno sulle classi lavoratrici lo sfruttamento della classe economicamente dominante (68).

---

(67) Dinanzi a molte giurisdizioni speciali create durante la guerra è escluso l'intervento dei professionisti legali; es.: decr. lt. 15 febbraio 1917, n. 415, art. 3; decr. lt. 8 marzo 1917, n. 471, art. 5 (tutti in materia di infortuni). Altre volte la esclusione è fatta indirettamente mediante rinvio al procedimento stabilito per i probiviri dalla legge 1893: es. decr. lt. 8 agosto 1915, n. 1220; 30 maggio 1916, n. 645, art. 14; 1 maggio 1916, n. 490, art. 15. Il recente progetto di legge per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro nelle industrie, ammette, con certe limitazioni, l'intervento dei legali (art. 50, cfr. CARNELUTTI, nel secondo dei due scritti citati nella nota precedente, n. 43). Il decr. lt. 23 agosto 1917 n. 1450 art. 12 ed il successivo regolamento 21 novembre 1918 n. 1889 art. 139 (sugli infortuni nell'agricoltura) deferiscono invece la rappresentanza o l'assistenza defensionale nei giudizî avanti le commissioni arbitrali a speciali « istituti di patronato e di assistenza », sui quali cfr. CARNELUTTI, nel primo dei due scritti citati nella nota precedente, n. 5.

(68) Cfr. il mio volume *Troppi avvocati!* (Firenze 1921) pag. 15 e seguenti [anche nel 2° vol. di queste *Opere*, pag. 72 e seguenti].

Orbene, questa accusa che le classi lavoratrici fanno ai giudici ordinarî si basa evidentemente su una specie di illusione ottica che fa vedere la realtà capovolta; quando i socialisti dicono di lagnarsi che la magistratura togata faccia una giustizia di classe a favore degli abbienti, si lagnano in realtà, pur senza dirlo, che la magistratura stessa, data la sua posizione costituzionale che la costringe ad essere una rigida interprete del diritto formulato dal legislatore, non sia in grado di fare, com'essi vorrebbero, una giustizia di classe a favore delle classi lavoratrici: ossia, in altre parole, accusano i giudici di parzialità politica proprio perchè questi debbono per dovere di ufficio essere rigidamente imparziali ed estranei ad ogni considerazione di natura politica.

Il favore col quale le classi popolari guardano le giurisdizioni speciali, da cui i giuristi sono esclusi, non deriva dal fatto che queste diano garanzia di una giustizia più perfetta e più imparziale di quella dei giudici ordinarî, ma anzi deriva proprio dal fatto opposto che queste giurisdizioni speciali, per la loro composizione organica, sono in grado di fare, mi si permetta l'espressione, una giustizia meno giusta, ma più permeabile alle aspirazioni sociali di certe classi.

L'accusa di partigianeria politica può essere rivolta, nel nostro sistema costituzionale, alla legge, (la quale, essendo espressione degli interessi della classe che è al governo, può essere considerata come un diritto di classe), non mai all'interprete di essa, che, come applica oggi le leggi approvate da un Parlamento in cui i socialisti son minoranza, applicherebbero domani le leggi emananti da un Parlamento di proletarî; ma questa rigida posizione costituzionale che al giudice giurista è fatta dal sistema della formulazione legislativa del diritto non può essere compresa dalle classi lavoratrici, le quali, insofferenti del diritto costituito, sfogano contro l'interprete le ire che, se mai, dovrebbero rivolgere contro la legge: come il bambino che infrange lo specchio nella illusione di colpire la immagine in esso riflessa (69).

10. — Quanto si è detto finora non deve farci credere che le giurisdizioni di equità siano chiamate a compiere, sia pure per delegazione del legislatore, quella stessa funzione di formulazione generale del diritto che, nel nostro ordinamento costituzionale, è riservata agli organi

---

(69) Che la diffidenza del popolo contro i giuristi sia un'inconsapevole conseguenza dell'odio del popolo contro i formalismi di un diritto invecchiato, già si trova detto da V. Scialoia, scritto cit. pag. 22, il quale cita iscrizioni romane, e articoli di Statuti medievali ispirati a quella stessa sfiducia contro i legali che apparisce nelle disposizioni da me precedentemente richiamate alla nota 67. Cfr. anche Galante, *Dir. proc. civ.*, pag. 25.

legislativi. Queste giurisdizioni di equità, infatti, se hanno l'ufficio di trovare volta per volta la norma da applicare a una concreta fattispecie, se, anche nel risolvere il caso concreto, partono necessariamente dall'affermare un principio di massima, non hanno il potere di imporre per tutti i futuri casi simili la massima da esse formulata, con quel carattere di precedente obbligatorio che è attribuito alle decisioni giudiziarie nel sistema anglo-sassone: il potere di fissare il diritto in formule generali ed astratte resta pur sempre, in ossequio al principio della separazione dei poteri, riservato al legislatore (70), il quale, istituendo le giurisdizioni di equità per un determinato ramo di rapporti, ha con ciò tolto vigore alla legislazione finora vigente in materia, ma si è riservato il potere di ricostruire in quello stesso campo, quando i tempi siano maturi, un nuovo sistema di norme obbligatorie generali ed astratte, basate sui nuovi principî che avranno avuto luogo di manifestarsi nella giurisprudenza di questi speciali organi giudiziarî.

Con questo però non si nega che le giurisdizioni di equità, se non partecipano direttamente alla funzione legislativa, poichè al solo legislatore compete formulare il diritto in norme astratte e generali, possan servire tuttavia a portare il diritto fino a quel punto di maturazione sociale, dopo il quale più non resta che trasfonderlo in formule legali.

Può avvenire innanzi tutto che una serie di decisioni conformi, colle quali queste giurisdizioni di equità abbiano affermato un principio finora non accolto nel diritto positivo, faccia a poco a poco penetrare nelle classi interessate la opinione della sua obbligatorietà giuridica e dia luogo così ad una pratica ispirata ad esso, che verrà gradualmente a trasformarsi in una norma di diritto consuetudinario, fornita di forza obbligatoria generale (71). Il fenomeno di questa trasformazione della equità in diritto consuetudinario attraverso la pratica costante degli interessati è visibile nel campo del cosiddetto « diritto del lavoro », nel quale, attraverso lo stretto passaggio offerto dagli art. 1124 e 1135 del Cod. civ., il diritto nuovo è penetrato a costruire *ex novo* quel contratto di lavoro di cui il diritto codificato non conteneva che qualche cenno rudimentale (72). Anche qui la fonte prima di tutto questo nuovo regolamento giuridico di rapporti sociali, è stata l'equità, in quel senso generale che sopra si è accennato (73); ma questa equità, per arrivare

---

(70) Cfr. Geny, *Méthode*, I, n. 85.

(71) Cfr. Geny, *Méthode*, n. 146-49; Pacchioni, *I poteri creativi della giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.* 1912, I, 40 e segg.; *Elementi di diritto civile* (Torino 1916), n. 29.

(72) Barassi, *Contratto di lavoro*, 2ª ed., Vol. II, pag. 291.

(73) Barassi, cit. pag. 296; Relazione Cocco Ortu citata pag. 21 e segg.

a trasformarsi in norma consuetudinaria per tutti obbligatoria non ha seguito una sola via; talora, attraverso il dibattito delle due classi in conflitto, padroni e operai, che direttamente hanno cercato di comporre in un volontario accordo i loro interessi antagonistici, la parola dell'equità è stata fissata nei concordati preventivi di lavoro o concordati di tariffe (74), i quali, avendo lo scopo di fissare una volta per sempre le modalità di stipulazione di tutta una serie di contratti futuri, hanno favorito una certa uniformità nelle clausole di stipulazione di questi, e hanno quindi costituito, movendo da una origine meramente contrattuale, un primo passo verso lo stabilimento di una vera e propria consuetudine obbligatoria anche per coloro che non avessero preso parte al concordato; tal'altra lo stesso avviamento alla nascita del diritto consuetudinario è stato ottenuto mediante la formulazione di schemi di contratto, detti *contratti-tipo*, sforniti di qualsiasi efficacia obbligatoria, ma predisposti per servire di modello e di autorevole guida agli interessati, affinchè questi, quando vorranno concretamente concludere un contratto di quella categoria, siano indotti a includervi delle clausole simili a quelle che il contratto-tipo suggerisce (75); tal'altra ancora il formarsi di un uso è stato favorito, anzi addirittura provocato, mediante la formulazione di norme di equità fatta dalle Camere di commercio, norme che finora non erano usi, ma che tali diventarono appena formulate, perchè subito furono adottate nella pratica dagli interessati (76). E finalmente un'altra via, e non la meno importante, attraverso la quale la equità, per il tramite di una costante giurisprudenza, riuscì a diventare una ispiratrice di consuetudini, furono le giurisdizioni di equità, come i probiviri industriali, ai quali, secondo l'espressione usata dalla relazione Cocco-Ortu, è rilasciato di riempire con le decisioni «tutta la trama disegnata soltanto nei contorni dal legislatore in tema di contratto di lavoro» (77).

---

(74) Su questi cfr. BARASSI, op. cit., II, pag. 279-287; MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro* (in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, pag. 488 e segg.).

(75) BARASSI, op. cit., II, pag. 289, nota 2. Di recente qualche decisione di giudici speciali di equità ha considerato i *contratti-tipo* come norme obbligatorie; contro questa concezione evidentemente erronea, cfr. la decisione della Commissione centrale di ricorso per l'impiego privato, 23 ottobre 1920, in *Foro it.*, 1920, I, 1002, con nota conforme del SECHI.

(76) Sul valore di queste raccolte cfr. CARNELUTTI in *Riv. dir. comm.* 1909, I, 280; BARASSI, op. cit. II, pag. 298, nota 3.

(77) Relaz. cit., pag. 23. La importanza della giurisprudenza probivirale come mezzo di elaborazione del nuovo diritto fu espressamente affermata nel II Congresso dei Probiviri tenuto a Roma nel 1911, il quale fece voti che la

Ma, anche lasciando da parte la grande importanza che le giurisdizioni di equità possono avere come organi destinati a provocare il formarsi del diritto consuetudinario, bisogna non dimenticare che esse possono essere considerate come un primo passo verso un vero e proprio decentramento della funzione legislativa, il cui esercizio verrebbe in parte trasferito dagli organi statuali centrali in organi locali di classe. Il moltiplicarsi di queste giurisdizioni di equità deve essere infatti messo in relazione con tutto quel movimento sindacalista, così potente ormai anche in Italia, che tende sempre più a sottrarre allo Stato il regolamento giuridico del lavoro ed a investire i sindacati di classe di una specie di sovranità professionale, in virtù della quale spetterebbe ad essi stabilire obbligatoriamente, per tutti coloro che esercitano una certa professione, la disciplina giuridica del lavoro, secondo le variabili condizioni delle diverse industrie e delle diverse regioni (78). Questo trasferimento di poteri legislativi dagli organi politici centrali in organi decentrati di classe può compiersi di fatto nella sostanza, pur rispettando nell'apparenza le forme costituzionali, come è avvenuto di recente nella vertenza tra industriali e operai per il controllo sulle industrie metallurgiche, di fronte alla quale il nostro legislatore non ha fatto altro che sottoscrivere i nuovi principî giuridici imposti dalla classe più forte e deferire la precisa formulazione tecnica dei medesimi a una commissione paritaria, le cui proposte saranno poi presentate all'approvazione del Parlamento, per dare al Paese l'illusione che le leggi continuano ad emanare da Roma.

Ma può darsi anche (il che può essere meno politico, ma è certamente più sincero) che il legislatore rinunzi apertamente a formulare il diritto relativo a certi rapporti sociali, e deleghi a speciali corpi professionali l'ufficio di emanare in sua vece su quelle materie norme generali e astratte, con vera efficacia legislativa. Anche senza giungere alla generale trasformazione, di cui ancor oggi si discute, del Consiglio del lavoro in un vero e proprio Parlamento tecnico dotato di poteri legislativi indipendenti dal Parlamento politico, sono state fatte anche recentemente, per raggiungere gli stessi intenti in più ristretto campo, proposte assai più modeste ma ugualmente interessanti, le quali mirano ad attribuire alle giurisdizioni di equità funzioni chiaramente legislative sulle stesse materie deferite alla loro competenza giurisdizionale.

---

legislazione del lavoro proceda per gradi e man mano che il diritto nuovo venga maturandosi nelle decisioni dei probiviri.

(78) Cfr. Barassi, op. cit., II, pag. 108-109; Geny, *Science et technique*, I, pagina 59, nota 1; Leroy, *Le droit prolétarien* in *Le mouv. socialiste*, 1913, pagg. 180-194; Panunzio, *ibidem*, 1912, pag. 81-96.

L'esempio più caratteristico si ha nella proposta, fatta dal Consiglio superiore del lavoro durante i lavori preparatorî della legge sul contratto di impiego privato (79), di affidare alle commissioni paritarie, istituite per dirimere le controversie in base a criteri di equità, il potere di emanar in base a questi stessi criterî norme generali, obbligatorie nelle rispettive circoscrizioni, per disciplinare alcuni punti relativi al contratto di impiego, che il legislatore lasciava deliberatamente non disciplinati (80). La proposta, che pure ha notevoli precedenti in legislazioni straniere (81), non fu accolta dalla commissione parlamentare, la quale arretrò dinanzi a una riforma che avrebbe toccato le basi del nostro ordinamento costituzionale; ma per noi resta tuttavia pieno di profondo significato il fatto che lo stesso legislatore, quando ha esaminato la possibilità di delegare a organi di classe la formulazione di qualche ramo del diritto del lavoro, ha subito instintivamente fissato la sua attenzione sulle giurisdizioni di equità, riconoscendo in esse, nonostante la loro funzione apparentemente giurisdizionale, organi già pronti per diventare, con un piccolo allargamento più formale che sostanziale delle loro funzioni, veri organi legislativi.

11. — Tutto quanto finora si è detto sulle nostre giurisdizioni di equità si illumina di nuovi significati quando si abbiano presenti i principî sui quali la Russia rivoluzionaria ha recentemente tentato di ricostruire dalla base il suo ordinamento giudiziario.

Le idee fondamentali, alle quali i comunisti si sono inspirati in questa loro opera di ricostruzione giudiziaria, sono le seguenti (82). Re-

---

(79) Il decr. lt. 9 febbraio 1919 non ha fatto altro che mettere in vigore con qualche modificazione il Disegno di legge sul contratto di lavoro di impiegati di aziende private e commessi di commercio presentato alla Camera il 12 dicembre 1912: alla Relazione presentata su questo Disegno dall'onorevole Orlando il 24 aprile 1923 (legisl. XXIII, Sess. 1909-13, Doc. della Camera dei Deputati, n. 1264, A) è unito in allegato n. 1 il Disegno stesso modificato secondo i voti del Consiglio superiore del lavoro, il cui art. 6 stabilisce: « Le stesse Commissioni... determineranno norme particolari: *a*) per disciplinare il periodo di prova e fissarne il massimo; *b*) per definire entro limiti di equità il patto che vieti o diminuisca all'impiegato alcune forme di attività dopo la scadenza o la risoluzione del contratto... etc. Esse avranno inoltre facoltà di stabilire tutte le altre norme di carattere generale, relative al contratto di impiego, in seguito a concordati o a costante giurisprudenza.

(80) Barassi, op. cit., II. pag. 110, nota 2; Relaz. Orlando, cit. pag. 22; Redenti, *Massimario*, n. 7 e 14.

(81) Relaz. Orlando, pag. 23.

(82) Non faccio altro che riassumere nel modo più obiettivo le idee esposte da un professore di Mosca, il Reissner, convinto fautore del regime comunista,

spinto il sistema della separazione dei poteri, il quale, sotto parvenza di giustizia uguale per tutti, serve in realtà a consolidare il predominio dei capitalisti attraverso un codice chiuso di leggi immutabili che una casta di legulei interpreta sistematicamente a favore della classe dominante (83), la giustizia deve essere nella società comunista uno strumento in mano del proletariato, che se ne serve dichiaratamente per riaffermare in ogni istante la sua dittatura contro le forze della reazione. Le sentenze devono essere lo specchio fedele del sentimento del popolo, che, nella lotta per la sua libertà, si ispira alle esigenze politiche del momento: per questo non c'è più bisogno di leggi poste al disopra delle masse, perchè il diritto deve scaturire immediatamente dal naturale sentimento di classe insito nelle masse medesime; nè c'è più bisogno di giudici giuristi, perchè il vero diritto popolare non può essere sentito ed applicato che da genuini rappresentanti del popolo, usciti, senza alcuna garanzia di cultura giuridica, dalle sue stesse file e tanto più pregiati quanto più analfabeti (84).

Su questi principî teorici un decreto del novembre del 1918 ha tentato di stabilire un ordinamento giudiziario che dovrebbe essere diverso da tutti quelli finora esistenti (85). Rasa a terra la macchinosa gerarchia giudiziaria del regime precedente, abolita la pluralità delle istanze e la pluralità degli organi giudicanti secondo il valore e la materia delle liti da decidere, in ogni distretto la giurisdizione è stata concentrata in un solo organo giudiziario, civile e penale, di prima ed ultima istanza, che si chiama *Tribunale popolare unico*. Quest'organo, costituito collegialmente, è presieduto da un giudice popolare, eletto dai consigli di operai e contadini tra i lavoratori che abbiano una certa pratica dell'azione sindacale, accanto al quale siedono, in numero diverso secondo la gravità delle cause da decidere, due o più assessori

---

in un suo articolo *Principî ed organizzazione della giustizia della Russia dei Soviet*, pubblicato nella rivista italiana *Comunismo* n. 4, pag. 280 e segg.; su questo articolo, cfr. FERRI, *Organizzazione della giustizia nella Russia dei Soviet* (in *La Scuola positiva* 1920, pag. 36).

(83) REISSNER, scritto cit., pag. 280-281.

(84) REISSNER, scritto cit., pag. 281; GALIN, *Tribunali e pene nella Russia rivoluzionaria* (Bocca, 1921) pag. 44-45.

(85) Cfr. più ampî particolari in GALIN, cit. pag. 49 e segg., pag. 74 e segg. In realtà, il tribunale popolare unico che, nelle intenzioni dei comunisti, dovrebbe essere in tempi normali l'organo più importante del nuovo ordinamento giudiziario, si trova ad essere attualmente, come attesta lo stesso GALIN, nascosto e quasi soffocato dalle numerose magistrature eccezionali che, nella lunga convulsione rivoluzionaria, si sono sovrapposte senza ordine e senza disegno organico.

scelti dal giudice tra gli operai e contadini del distretto; gli assessori sono rinnovati ad ogni sessione, mentre il giudice tiene stabilmente l'ufficio, ma può essere rimosso dagli stessi consigli che lo hanno nominato. Così i giurisperiti sono, almeno nominalmente, banditi da questi collegi giudiziarî, i quali nelle loro decisioni non sono vincolati ad alcuna legge, ma devono giudicare unicamente come interpreti della coscienza popolare. Pe questo in qualche località, per esempio a Cronstadt, questi tribunali popolari hanno preso il nome di *Tribunali della coscienza proletaria* (86).

In verità, se noi sfrondiamo le idee enunciate dai comunisti russi da tutte le verbosità demagogiche di cui essi le avviluppano, dobbiamo riconoscere che il tentativo da essi fatto di porre a base della loro giustizia il sistema della formulazione giudiziaria del diritto è, dal punto di vista scientifico, assai interessante, non tanto perchè esso costituisca una novità teorica, quanto perchè rappresenta il primo esperimento pratico, fatto su vasta scala, di una teoria *made in Germany*, formulata già da molti anni dalla scuola del diritto libero, ma non ancora messa alla prova in un ordinamento positivo.

I punti di contatto che la funzione dei tribunali russi ha colla funzione delle nostre giurisdizioni di equità non possono sfuggire ad alcuno: quella immediata formulazione giudiziaria del diritto, che da noi, limitata come è alle giurisdizioni speciali di equità, ha carattere eccezionale, ha assunto in Russia carattere generale e prevalente; ma le cause del fenomeno sono, qua e là, proporzionalmente le stesse. Anche in Russia i legislatori comunisti, dopo aver distrutto violentemente il complicato edificio costituzionale czarista, si sono trovati, in misura cento volte maggiore di quanto è accaduto al nostro legislatore di guerra, di fronte a problemi di ricostruzione così formidabili, di fronte a un così tempestoso cozzare di forze sociali scatenate, che, nella impossibilità di fissare *a priori* per via legislativa il nuovo diritto della società comunista, si son tratti d'impaccio col mettere i giudici a diretto contatto colla società in cui il nuovo diritto si va lentamente creando. Anche in Russia, dunque, questa grande latitudine di poteri lasciata al giudice è stata un portato naturale della inettitudine degli organi legislativi centrali a formulare con prontezza norme giuridiche adeguate ai tumultuosi bisogni di una società in crisi. A chi obietta ai comunisti russi che questo illimitato potere lasciato ai giudici popolari significa in sostanza l'abolizione di ogni certezza giuridica e l'asservimento di ogni libertà individuale all'arbitrio del giudicante, i comu-

---

(86) Reissner, scritto cit., pag. 284.

nisti rispondono candidamente che il legislatore non è per ora in grado di prevedere nei particolari quale sarà il diritto meglio corrispondente alle aspirazioni della nuova società, e che quindi lo stesso legislatore aspetta di conoscere, attraverso le sentenze rese dai rappresentanti del popolo, le norme giuridiche che il proletariato riterrà più conformi ai propri interessi di classe (87).

Che poi, in realtà, le decisioni che vengon fuori da questi organi popolari siano il più delle volte espressione, anzichè di una cosciente e costante giustizia di classe, di profonda ignoranza, di brutale arbitrio personale e di feroci livori politici (88), questo non spaventa i teorici del comunismo, i quali, pur in mezzo a quel caos senza legge che oggi è l'amministrazione della loro giustizia, si ostinano a ritenere che l'unica fonte viva e sincera del diritto sarà nella società futura quella mitica forza non molto ben definibile ch'essi continuano a chiamare, con terminologia cara ai comizianti di piazza, la « coscienza proletaria delle masse ».

12. — E' tempo ormai di concludere questo già troppo lungo discorso. Più di trenta anni fa Angelo Maiorana, studiando la evoluzione storica dei rapporti fra la legislazione e la giurisdizione, stimava che, mentre le codificazioni del secolo XIX segnarono il prevalere della formulazione legislativa del diritto, già si disegnasse nell'età nostra un probabile ricorso della giurisdizione, nel senso di allentare sempre più i rigorosi vincoli che nello Stato costituzionale la legge pone all'attività del giudice (89).

Che questa tendenza si sia sempre più chiaramente affermata in questi ultimi decennî, nessuno potrebbe negare oggi, quando par che le più recenti legislazioni, civili e penali, abbiano adottato come canone fondamentale di tecnica legislativa un principio diametral-

---

(87) Cfr. GALIN, op. cit. pag. 46 « ... Visto che noi stessi non sapremmo dire che cosa debba definirsi delitto dal punto di vista classico, sarà il proletario stesso quello che deciderà. L'insieme delle sentenze che daranno i rappresentanti di questa classe, ci farà conoscere quello che il proletario intende per delitto, come anche quali misure debbono essere prese per combatterlo ».

(88) Cfr. NOFRI-POZZANI, *La Russia com'è* (Firenze 1921) pag. 34. A quali significative conseguenze pratiche porti, specialmente nei giudizî penali, la libertà dei giudici da qualsiasi legge, si può vedere in GALIN, op. cit. pag. 84 e segg.; mentre in un distretto agricolo il furto di poche patate è punito con dodici anni di carcere, in distretto abitato in prevalenza da commercianti la truffa non è considerata reato!

(89) Scritto cit. pag. 574 e segg.; cfr. anche MORELLI, *La funzione legislativa*, pag. 288-89.

mente opposto a quello enunciato nell'aforisma baconiano « *optima est lex quae minimum relinquit arbitrio iudicis* » (90); ma, di fronte a questo moltiplicarsi di giurisdizioni di equità, che, durante la guerra, si è verificato non solo in Italia ma anche in altri Stati europei, come in Francia e in Germania (91), e sopratutto di fronte all'esempio della Rivoluzione russa, che da oggi a domani ha preteso di attuare il sistema del diritto libero, dobbiamo noi ritenere che questo sistema abbia per sè l'avvenire e che, anche da noi, i giudizî di equità, oggi riservati a qualche categoria specialissima di controversie, siano destinati domani a diventare la forma prevalente di giurisdizione, che distruggerà i codici e metterà sul lastrico i legislatori? Io credo fermamente di no. Ci fu durante la guerra uno scrittore di fantasia fervida, il quale, quando il decreto Sacchi sulle pigioni (decr. lt. 30 dicembre 1917, n. 2046) estese la competenza delle commissioni arbitrali giudicanti con poteri di amichevoli compositori in tema di locazione di case, vide in quel modestissimo provvedimento niente di meno che la condanna delle codificazioni e l'inizio di una nuova era predestinata al trionfo di quelli che egli chiamava « più alti ideali giuridici » (92). Ma in verità, come subito a quello scrittore lungimirante fu autorevolmente replicato (93), i principî su cui si basa in tutti gli Stati del Continente europeo il sistema della codificazione sono ancora così saldi, e sono ancora così evidenti i vantaggi che in tempi normali derivano dalla codificazione alla certezza e alla precisione tecnica del diritto e quindi alla stessa sicurezza delle libertà individuali, che proprio sembra eccessivo creder condannati quei principî e smentiti quei van-

---

(90) GENY, *Méthode*, I, n. 85; II, pag. 243. Questa tendenza si manifesta anche nella tecnica legislativa del diritto penale; mentre BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § 4, riteneva che « nè meno l'autorità di interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali », oggi sempre più si ritiene che una certa latitudine di apprezzamento del giudice penale sia necessaria per ottenere una adeguata « individualizzazione » della pena; cfr. SALEILLES, *L'individualisation de la peine* (Paris 1909); FERRI, *La riforma della giustizia penale*, (Estr. da *L'Eloquenza* del 10 febbraio 1920), pag. 26-27; e *Relazione sul prog. prel. di cod. pen. it.* (*Scuola positiva*, 1921, n. 1-2) pag. 16 e segg.

(91) Cfr. GENY, *Méthode*, 2ª ed., Vol. II, pag. 184, nota 3 e pag. 243 (Legge 21 gennaio 1918 sui contratti conclusi prima della guerra e legge 9 marzo 1918 sugli affitti). Per la Germania, sulle *Kriegsverordnungen* 7 ottobre 1915 e 26 luglio 1917, cfr. GUTTMANN, op. cit. pag. 18.

(92) TOSCANELLI, *L'editto sulle pigioni e il suo significato giuridico*, nella *Tribuna* dell 8 gennaio 1918, 4ª edizione.

(93) BRUNETTI, *Il diritto libero, il pretore romano e il Codice civile* (nella *Tribuna* del 12 gennaio 1918 e in *Scritti giuridici varî*, Vol. III, pag. 186)

taggi per il solo fatto che il legislatore abbia creduto opportuno rinunciare temporaneamente ad essi in circostanze eccezionali. Io credo, al contrario, che il sistema della formulazione giudiziaria del diritto debba essere considerato non come il nemico della codificazione, destinato, in un avvenire più o meno prossimo, a scacciare stabilmente e definitivamente dagli ordinamenti costituzionali l'attuale sistema della formulazione legislativa, ma come il complemento e l'alleato di questo, destinato a intervenire in via transitoria nei casi eccezionali in cui le imperiose necessità sociali reclamano un diritto più pronto e più flessibile di quello che il legislatore saprebbe con molto indugio formulare attraverso le inevitabili imperfezioni del meccanismo legislativo (94).

La formulazione legislativa è dunque l'espressione normale, riflessa, pacifica per dir così, del diritto, propria di quei periodi di calma sociale in cui il legislatore può da sè stesso rendersi conto delle moderate tendenze innovatrici che circolano con regolarità quasi fisiologica nella società dei tempi normali; la formulazione giudiziaria è invece la *extrema ratio* dei periodi critici, nei quali il legislatore non ha tempo di preparare a ragion veduta le sue riforme e di scegliere meditatamente la sua via.

Per questo, le giurisdizioni di equità non possono essere altro che un fenomeno temporaneo, proprio di quei periodi di transizione in cui la società, oscillando tra i vecchi principî di un diritto che crolla e i nuovi principî di un diritto che si crea, cerca affannosamente il suo nuovo stabile assestamento: la funzione di queste giurisdizioni, propria di quei momenti storici in cui l'ordinamento giuridico rapidamente si trasforma, serve dunque, meglio che a sostituire l'opera del legislatore, a prepararla per quel giorno in cui il diritto nuovo, già fissato nella loro giurisprudenza, sarà pronto per essere trasfuso in leggi definitive (95). Le vicende delle giurisdizioni di equità in Inghilter-

---

(94) Così, già nel 1903, il Prof. CARLO LESSONA a proposito dei probiviri (in *Riv. dir. comm.* I, pag. 232): « Il legislatore, nell'istituire la giuria, ha avuto piena coscienza che un diritto nuovo poteva, anzi doveva sorgere: bastava creare una macchina, in seno alla quale potesse fecondamente venire alla luce. Senza questa macchina quel diritto nuovo non era diritto, ma violenza, prepotenza, sopraffazione, disordine. A quel diritto il legislatore ufficiale non poteva ancora dare la sua paternità. Non lo disconobbe, lo vide anzi nascere di buon occhio, ma invece di presentarlo subito al mondo attraverso i voti delle Camere ed alla sanzione del Re, volle che nascesse intanto per opera dei giudici tecnici ed elettivi. Non vide nel nuovo diritto un concorrente, ma un fratello del diritto codificato, destinato a vivergli accanto e non addosso, quasi pericoloso parassita ».

(95) Cfr. MAIORANA, scritto cit., pag. 573; DONATI, *Lacune*, pag. 252.

ra (96), la storia dei tribunali di commercio in Italia (97) stanno a provare in modo evidente che tutto il lavorio giurisprudenziale di questi speciali organi giudiziarî, incaricati di attingere direttamente il diritto dalla sua fonte sociale, porta inevitabilmente, prima o poi, a una definitiva e stabile formulazione del diritto in norme scritte, dopo la quale la loro funzione perde ogni ragion di essere: e nella stessa Russia, dove pure il sistema del diritto libero è stato proclamato come conquista stabile e definitiva dell'ordinamento giudiziario comunista, non sarebbe difficile coglier fin da ora, in qualche tentativo di formulazione legislativa che affiora già al di sopra di quel caos giuridico ancora in tumulto, qualche indizio di una non lontana riduzione del potere dei giudici e di un graduale ritorno alla codificazione (98).

Dato questo carattere del tutto eccezionale delle giurisdizioni di equità, il cui fiorire corrisponde ai periodi di maggiore irrequietezza sociale, potrebbe qualcuno essere tratto a vedere in esse un fenomeno prettamente rivoluzionario: e infatti, se la rivoluzione è una corsa sfrenata colla quale un popolo fa riguadagnare di un colpo al diritto positivo tutto il cammino che la sua coscienza giuridica aveva già percorso lentamente per conto suo (99), posson sembrar proprî delle crisi rivoluzionarie questi speciali organi, i quali servono appunto, come si è veduto, ad aprir la via alle imperiose correnti sociali che troppo rapidamente sopravanzano il diritto costituito. Ma in realtà, a chi ben guardi, questi organi di equità appaion piuttosto, quando il loro campo di azione sia contenuto, come da noi, entro determinati confini, quali fattori potenti di equilibrio e di pacificazione, attraverso i quali il legislatore riesce ad evitare quelle esplosioni della coscienza popolare

---

(96) RAGGI, scritto cit., pag. 44; FRANQUEVILLE, *Le système judiciaire de la grande Bretagne*, I, 164 e segg.; cfr. anche CAMMEO, *Della manifestazione di volontà*, cit. pag. 39 in nota; MICELI, scritto cit. pag. 89. Per qualche raffronto col Pretore romano, cfr. REDENTI, *Massimario*, n. 12; PACCHIONI, *Elementi*, n. 9; ed anche FADDA, *L'equità ed il metodo nel concetto dei giureconsulti romani* (Macerata 1881). Per le giurisdizioni di equità in Germania nei secoli XVI e XVIII, cfr. GUTTMANN, op. cit., cap. 1.

(97) Cfr. su questo argomento: VIVANTE, *Trattato*, 4ª ed., Vol. I, pag. 5; SCHUPFER, *Fonti*, 3ª ed., pag. 508; REDENTI, *Massimario*, cit. pag. 30; FRANCHI, *Sulla giurisdizione mercantile in Italia*, in *Arch. giur.* XXXVI, pag. 38 e segg. E' noto che una delle principali ragioni che furono portate per l'abolizione dei Tribunali di commercio in Italia, fu la inutilità di mantenere in vita dopo la codificazione del diritto commerciale organi che storicamente erano sorti come formulatori di un diritto non ancora fissato in legge (cfr. FRANCHI, scritto cit., pag. 53).

(98) Cfr. GALIN, op. cit. pag. 87 e segg.; NOFRI-POZZANI, op. cit., pag. 34.

(99) MORELLI, *La funzione legislativa*, § 43, pag. 309.

che sono appunto le rivoluzioni. Noi dobbiamo immaginarci l'ordinamento giuridico costruito attraverso la codificazione come una montagna di natura vulcanica, le cui pendici, solide e fredde all'esterno, celano nei loro fianchi la lava in perpetua ebullizione: il legislatore, dall'alto della montagna, deve continuamente vigilare se in qualche punto il fuoco interno roda la crosta che lo imprigiona, e tenti, attraverso i crepacci, di aprirsi la sua via. Quando in questi punti deboli dell'ordinamento giuridico, in cui più vive si fanno sentire le scosse della coscienza sociale che sussulta, il legislatore crede di poter giungere in tempo ad apprestare il rimedio mediante una riforma legislativa adeguata alle nuove aspirazioni, il pericolo è scongiurato: ma se comprende che ogni riforma di questa natura giungerebbe ormai troppo tardi, non ha altro scampo che quello di aprire egli stesso, nel punto in cui la minaccia appar più grave, l'uscita alla lava incandescente, e di incanalarla prima che faccia saltare la montagna.

Le giurisdizioni di equità sono appunto il mezzo che il legislatore adopra per incanalare il diritto nuovo che preme, per utilizzarlo infiammato e plasmabile, come esso esce dalle viscere della società: venuto all'aria, il nuovo diritto prenderà senza costrizioni le sue forme, e a poco a poco tornerà a solidificarsi in legge; e le giurisdizioni di equità avranno così onorevolmente esaurito il loro ufficio, che è quello di garantire la continuità dell'ordinamento giuridico nei periodi in cui esso si rinnova, di permetterne senza scosse le più audaci trasformazioni (100). Vano sarebbe, pertanto, sperar che queste speciali giurisdizioni di equità possano essere tutte quante abolite da oggi a domani, con un unico provvedimento di « smobilitazione legislativa », come sarebbe vano tentar di estendere il loro campo d'azione fuor dei ristretti limiti entro i quali se ne sente l'imperioso bisogno. Esse sono, infatti, il portato naturale e incontenibile del periodo di trasformazione giuridica in cui viviamo, e potranno estinguersi da sè ad una ad una (come già accadde per i tribunali di commercio), solamente quando avranno esaurito, ciascuna nel proprio campo, il loro ufficio peculiare di formulazione giudiziaria del nuovo diritto. E soltanto allora, quando questi speciali organi avranno cessato di esistere perchè la loro funzione sarà esaurita, potremo renderci conto delle profonde

---

(100) Miceli, scritto cit. pag. 90: « Ma vi è ancora un'altra forma di contrasto rispetto alla quale l'equità esercita una importante funzione conciliatrice, ed è il contrasto prodotto dalla rapida trasformazione delle esigenze di fatto, che la norma, per la sua rigidità e per la lentezza con cui il diritto si modifica, non riesce sempre a seguire ». Su questo punto cfr. anche Carnelutti, *Lezioni di dir. proc. civ.*, pag. 206-207.

traccie che nel diritto positivo avrà lasciato la loro paziente opera giurisprudenziale (101).

Ho ricordato poco fa che nella Russia rivoluzionaria il sistema del diritto libero è stato applicato per rafforzare la dittatura di una sola classe su tutte le altre, per ricostruire, sotto parvenza di giustizia, una tirannia non meno ferrea di quella del regime passato; sia per noi motivo di compiacimento il vedere che il senno giuridico italiano, partendo dallo stesso principio del diritto libero, è riuscito a costruire in queste giurisdizioni di equità organi che non mirano a rafforzar dittature, ma che, con ben altro rispetto della giustizia, preparano, attraverso la diretta cooperazione delle classi in conflitto, l'avvento graduale e pacifico di un assetto sociale migliore di quello presente.

---

(101) Così, ad esempio, si potrebbe fin d'ora ricercare quanti dei nuovi principî giuridici che sono stati introdotti recentemente nei nuovi patti colonici come conquista definitiva dei lavoratori della terra, abbian trovato la loro prima via di formulazione attraverso quelle speciali giurisdizioni di equità che sono state abolite dal r. decr. 18 aprile 1920, n. 477, art. 13.

II

APPUNTI SUL CONCETTO DI LEGALITA' (*)

SOMMARIO - INDICE

PREMESSA

CAPITOLO I.

Diritto e libertà.

1. Libertà morale e libertà politica. — 2. Diritto e libertà. — 3. La certezza del diritto.

CAPITOLO II.

La legalità in senso formale.

4. Formulazione del diritto: giustizia del caso singolo e legalità. — 5. Divisione dei poteri e legalità. — 6. Giustizia e politica. — 7. La formulazione del diritto negli ordinamenti positivi. — 8. Sospensione e corruzione della legalità. — 9. La certezza del diritto soggettivo e il suo valore morale. — 10. Irretroattività della legge: la certezza del diritto nel campo penale.

(*) [Questo studio è praticamente inedito. Il manoscritto è stato trovato fra le carte personali dell'Autore, e doveva costituire parte di un ampio studio, purtroppo non ultimato, sul principio di legalità. La parte che qui si pubblica ha costituito la base di un corso di lezioni, raccolte in dispense universitarie [*bibliografia*, n. 891], tenute da P. CALAMANDREI nell'Università di Firenze nei mesi di ottobre, novembre e dicembre 1944 (corso di integrazione in diritto costituzionale)].

Capitolo III.

Critiche al sistema della legalità.

11. La « irrealtà » delle leggi. — 12. La « iniquità » delle leggi. — 13. Le tendenze autoritarie a favore del diritto libero.

Capitolo IV.

La legalità in senso sostanziale: lo stato legalitario.

14. La legalità nella formazione della legge. — 15. Il principio democratico: partecipazione di tutti i cittadini alla formazione della legge. — 16. La sovranità popolare. — 17. L'idea liberale come limite e complemento dell'idea democratica: i « diritti di libertà ». — 18. Critica dei diritti di libertà: a) Il totalitarismo. — 19. Critica dei diritti di libertà: b) La giustizia sociale.

Capitolo V.

Osservazioni conclusive sul concetto di legalità.

20. Legalità e autorità. — 21. Legalità e uguaglianza. — 22. Legalità e giustizia.

Premessa

Da tutti i paesi e da tutti i partiti si odono voci che invocano come condizione preliminare di qualsiasi ricostruzione sociale il ristabilimento della *legalità* (1).

Qualunque possa essere (dicono queste voci) la struttura del nuovo ordine politico che verrà fuori da questa devastazione, quali che siano le forme di regime che i popoli liberati si sceglieranno e le soluzioni concrete, anche le più audaci, ch'essi daranno alle questioni sociali, prima esigenza d'ogni duratura rinascita è che sia riportato in onore come direttiva e come metodo di ogni governo il *principio di legalità*, cioè, per dirla con parole semplici, il principio, molto elementare e trito, del rispetto delle leggi. Ogni forma di governo può, secondo le contingenze storiche, avere i suoi vantaggi ed apparire meglio appropriata alla maturità politica del popolo che la preferisce; ma bisogna che sia, prima di tutto, un *governo di leggi.*

Il profano di cose giuridiche a sentir queste proposizioni, sarà facilmente tratto ad avvertirvi un certo sapore di banalità: e potrà senza molta fatica, di fronte a chi sembra voler ridurre a una vuota questione di legalità i formidabili problemi di quest'ora tragica, formulare obiezioni come queste:

— Tutti i governi, anche i più sfacciatamente dispotici, si instaurano e si reggono mediante leggi; ed essendo quindi tutti quanti costruiti secondo il metodo della legalità, possono con egual diritto aspirare ad esser qualificati *governi di leggi.* Anche le leggi più crudeli e più vessatrici sono, giuridicamente, leggi; sicchè il principio di legalità si presta ugualmente, secondo il contenuto delle leggi alle quali è attinente, ad esser sostenitore dei buoni governi e dei cattivi, servitore ugualmente impassibile e sottomesso della libertà o della tirannia. Il problema della legalità è un problema superficiale, che non sfiora i

---

(1) Si ricordi su questo argomento il messaggio natalizio indirizzato al mondo dal Pontefice Pio XII il 24 dicembre 1942.

veri problemi vitali e profondi, dalla cui soluzione dipende la salvezza dei popoli: i fari ai quali bisogna volgersi per trarre in salvo la civiltà in pericolo, sono quelle eterne esigenze morali intorno alle quali torna a riaccendersi, nei momenti decisivi dell'umanità la lotta politica: libertà, giustizia, uguaglianza. Questa è la sostanza che veramente conta, e di cui la legalità non può essere che un'estrinseca forma. Solo quando si sia placato, in quelle soluzioni che la storia di tempo in tempa raggiunge, il dissidio su queste esigenze primarie, si potrà in un momento successivo curarsi della legalità, terreno agnostico sul quale le opinioni più disparate possono trovarsi d'accordo: essendo logico e naturale che prima si pensi a crear leggi giuste, e poi a consolidarne e a garantirne, con appropriati meccanismi giuridici, la formale osservanza.

I presenti appunti vorrebbero suggerire qualche risposta a queste ed a consimili obiezioni. Essi vorrebbero infatti dimostrare come nel campo giuridico la legalità sia la forma necessaria della libertà, della giustizia e della uguaglianza, le quali in tanto posson tradursi in realtà pratica in quanto e nella misura in cui si realizzano come legalità: sicchè questa non può considerarsi un *posterius* formale da relegarsi all'ultimo posto quale complemento meramente tecnico delle altre esigenze, ma costituisce essa stessa una condizione essenziale e primaria per la soddisfazione di quelle. Anche la legalità dunque, anzichè costituire, come può credere il profano, un problema separato da quello della libertà, costituisce essa stessa un *problema di libertà*: e lo stesso si potrebbe ripetere, come si vedrà, per la giustizia e per la uguaglianza.

Per dare tale dimostrazione, e far vedere come ogni traccia di libertà e di giustizia necessariamente scompaia dove manca la legalità, noi ci troviamo, dopo la sciagurata esperienza di questo ventennio, in condizione di (non invidiabile) privilegio: come quella del patologo che, contagiato lui stesso dalla pestilenza, avesse la forza di seguire su di sè e di registrare fino all'ultimo, con serenità di scienziato, il decorso mortale del morbo che lo consuma.

Si racconta che Bergson morente, in Parigi invasa dall'esercito tedesco, mestamente dicesse: — Possiamo chiamarci fortunati, che ci è stato concesso di vedere coi nostri occhi l'uomo preistorico. — Collo stesso animo possiamo ringraziar la fortuna di averci fatto personalmente sperimentare, in maniera così istruttiva ed esauriente che miglior lezione non si oserebbe sperare, come si maturi e si compia nella vita di un popolo la distruzione della legalità; con controllata esattezza di dati e con assoluta chiarezza di idee ci troviamo in grado di attestare quanto è preziosa questa legalità di cui per vent'anni abbiamo

seguito giorno per giorno, trepidando, il declino e l'agonia e la catastrofe: al pari dei vecchi, che soli possono dire quanto sono dolci i frutti della gioventù che hanno perduto per sempre, o degli schiavi legati alla catena che soli sanno quanto vale la libertà.

Due secoli di riforme costituzionali, dall'illuminismo settecentesco allo « Stato di diritto » dei nostri tempi, hanno lavorato con direttiva costante, attraverso crisi rivoluzionarie e periodi di pacifico assestamento, ad avvicinar gradualmente la concreta realtà degli ordinamenti politici all'ideale della legalità; ma sono bastati venti anni per rovesciare ed annullare, in nostra presenza, tutto questo secolare travaglio.

Si è avuta così in questo ventennio, e specialmente negli ultimissimi anni di esso, la sensazione di veder ripassare dinanzi ai nostri occhi, girata velocissimamente all'indietro, la cinematografia di due secoli di storia costituzionale: e di ritrovarci alla fine come conclusione di questa precipitosa rievocazione percorsa a ritroso, ripiombati in quel regime di efferato illegalismo dispotico che pareva ormai leggenda d'altri tempi, reso ancor più odioso per noi dal paragone con quella libertà garantita dalle leggi della quale nella nostra esperienza è ancora vivo e presente il ricordo.

Che cosa è dunque la legalità? Quali sono gli elementi di cui questa nozione si compone?

Possiamo dire fin da principio, riepilogando in anticipo quello che si cercherà di dimostrare nel seguito del discorso, che di legalità si può parlare di due sensi: in un senso più ristretto e formale, e in un senso più ampio e sostanziale.

In un senso formale, legalità è quel sistema di governo nel quale i comandi dell'autorità, anzichè formulati volta per volta per regolare un caso individuale già accaduto, sono espressi in proposizioni di portata generale ed astratta, che si chiamano *leggi* destinate a regolarizzare in anticipo tutta una serie di casi futuri considerati come possibili. Sotto questo aspetto, come si vedrà, il sistema della *legalità* si contrappone a quello della *giustizia del caso singolo* (o « *diritto libero* »).

In un senso sostanziale, la esigenza di legalità si allarga; non si riferisce più soltanto alla forma dei comandi, ma all'origine ed alla estensione dei poteri di chi esercita il comando; dal momento della applicazione delle leggi risale fino ad investire il momento della loro creazione. Sotto questo secondo aspetto, come si vedrà, legalità significa partecipazione di tutti i cittadini alla formazione delle leggi; e significa altresì preventiva delimitazione dei poteri del legislatore, nel senso che esso si impegna in anticipo a non menomare colle sue leggi certe libertà individuali (« diritti di libertà »), il rispetto delle quali si considera come condizione insopprimibile di legalità.

Il titolo di « appunti » dato a queste lezioni ricorda che esse non possono e non vogliono avere, per il momento in cui sono state dettate e per i loro limitati scopi didattici, altro ufficio che quello di richiamare alla coscienza dei giovani certi temi e certi problemi, per invogliarli ad approfondirli da sè (1).

---

(1) A complemento di questo corso, si suggerisce agli studenti volenterosi la lettura delle opere seguenti:

DE RUGGERO - *Storia del liberalismo europeo*, Bari, 1925.

LOPEZ - *La certezza del diritto*, Roma, 1942.

RUFFINI - *Diritti di libertà*, Torino, 1926.

BECCARIA - *Dei delitti e delle pene* (in *Opere scelte*, ed. Mandolfo, Bologna, 1925).

MURATORI - *Dei difetti della giurisprudenza* (ed. Solmi, Roma, 1933).

BENDA - *La grande épreuve des démocraties*, New York, 1942.

CAPITOLO I

DIRITTO E LIBERTA'

1. — *Libertà morale e libertà politica.*

La legalità, intesa in quel senso pieno e compiuto che si cercherà di chiarire in queste pagine, si può considerare come la *traduzione nell'ordine politico, cioè pratico, dell'idea morale di libertà*: la legalità è infatti il sistema di quelle garanzie giuridiche che praticamente assicurano nello Stato il rispetto della libertà individuale. Anche il CROCE considera la legalità come « primo grado della vita pratica, condizione della vita morale e della libertà ». Bisogna dunque, per arrivare alla nozione di legalità, prender le mosse da quella di libertà.

Si parla qui di libertà in senso politico, cioè pratico ed esterno, considerando l'uomo come vivente in società, nelle sue relazioni cogli altri uomini: non in senso puramente morale ed interno come ne parlano i filosofi, quando identificano la libertà colla vita morale e insegnano che essa, poichè l'uomo l'ha già dentro di sè, non gli si può dare nè togliere dall'esterno, e non è quindi suscettibile di essere manomessa o di essere assicurata da costrizioni o da garanzie eteronome. Questo ragionamento, che può essere esatto sul piano morale, diventa, se portato sul piano politico, un basso espediente sofistico col quale in quest'ultimo ventennio certa filosofia non ha avuto scrupolo di barare al giuoco dialettico pur di ottenebrare nei cuori dei giovani ogni senso di libertà civile e di irridere ogni lotta intrapresa in nome di esso. Ma questo tentato equivoco tra libertà morale e libertà politica non è riuscito a trarre in durevole inganno le coscienze. E' vero che anche sotto i regimi tirannici gli uomini sono moralmente liberi; ma praticamente questa loro libertà interiore, se vuole tradursi in atti esterni che siano conformi ad essa, cioè conformi alla dignità umana e non alla passiva rassegnazione dello schiavo, è soltanto libertà di salire al patibolo. E' dalla interna libertà morale, insopprimibile in ogni uomo, che nasce l'aspirazione a conquistare esternamente nella struttura dei pubblici ordinamenti, le garanzie della libertà politica: cioè le condizioni esterne

che assicurino il cittadino di poter tradurre senza ostacoli in azioni pratiche gli ideali della sua vita morale. Così la libertà, che nel campo della morale individuale si spiega tutta nel fòro interno (ove non le occorrono garanzie giuridiche perchè la signoria che uno ha del proprio spirito è per sua natura inviolabile e non soffre limiti o costrizioni da alcuna tirannia) diventa, nel campo politico, un affare esterno, interindividuale, sociale; libertà di agire in un modo o in un altro nelle relazioni cogli altri uomini, libertà di fare o di non fare secondo la propria volontà, senza trovare ostacoli o imposizioni nella volontà altrui.

Il problema della libertà in questo senso politico (che poi fa tutt'uno col problema del diritto) nasce dunque dalla società: dai rapporti esterni, interindividuali, dove può presentarsi il pericolo di conflitti tra opposte volontà di diversi soggetti, sorge la necessità di stabilire qual è nei rapporti reciproci quell'ambito di libera attività che deve essere riconosciuto e garantito ad ognuno, affinchè possa esplicarvi nel miglior modo possibile, compatibilmente col rispetto dovuto in ugual misura alla libertà altrui, la sua vita morale. Ecco così che il problema della libertà, appena si sposta dal campo morale nel campo politico, diventa fatalmente un problema di limiti; la libertà politica, cioè esterna e interindividuale, non si concepisce praticamente se non *limitata*: per garantire a ciascuno un certo campo di libera attività pratica, bisogna arrestare ai confini di esso l'attività altrui, e così reciprocamente. Ogni garanzia della libertà opera dunque nello stesso tempo, per questo giuoco di reciprocità che è insito in tutti i rapporti giuridici, come limitazione della medesima: anche quei partiti che pongono la libertà politica come primo fondamento dei loro programmi sino al punto di denominarsi da essa, non possono contentarsi di una astratta e generica proclamazione della libertà come idea morale, ma devono necessariamente precisare una serie di *limitazioni della libertà*, senza le quali la vita sociale non sarebbe praticamente possibile: i cosiddetti « diritti di libertà », le cosiddette « istituzioni liberali » si riducono tutti quanti, a ben guardare, a delimitazioni pratiche di quello che i consociati *possono fare* entro la propria sfera individuale e reciprocamente di quello che *non possono fare* per non invadere la sfera della libertà altrui. Quell'ideale di libertà che, fino a quando si resta nel campo morale, non soffre determinazioni aprioristiche e attributi che suonerebbero menomazione o negazione dello stesso concetto di libertà, non può fare a meno di specificazioni e di qualificazioni quando vuole significare qualcosa nel campo politico: dove, a chi propugna il programma della libertà, è naturale che l'interlocutore domandi (poichè la politica è essenzialmente attività pratica): — Libertà di far che? — E il liberale non potrà rispondere: — Libertà di far tutto —, perchè ciò significherebbe anarchia e non

programma di governo; ma dovrà rispondere anch'esso: — Libertà di far questo e non di far quest'altro. — E quindi nel campo politico dovrà anche il liberale rassegnarsi a dettare limiti pratici alla libertà, a celebrarla purchè accompagnata da qualificazioni e da attribuzioni; ed anche (poichè necessariamente libertà assicurata ad uno significa divieto fatto all'altro di violarla) a negarla nel mondo esterno quando volesse eccedere i confini segnati.

2. — *Diritto e libertà.*

L'idea di libertà infatti, non appena si cerca di tradurla dall'interno della coscienza nel campo pratico delle attività esterne, si associa inscindibilmente, fin quasi a identificarsi, coll'idea del diritto, che è insieme garanzia e limite di essa libertà. Per garantire ad ogni singolo l'esercizio indisturbato della sua libertà, bisogna che la società assegni alla sua attività una zona individuale, che sia vietata ad ogni altro, ma insieme sia delimitata dalla cerchia delle altre zone individuali confinanti, dov'è sovrana la libertà altrui: così diritto e dovere appaiono, meglio che come concetti correlativi e reciproci, come due diversi aspetti dello stesso concetto: il diritto, cioè la garanzia che permette alla libertà di esplicarsi sovrana entro la propria cerchia, e il dovere, cioè il limite che nega la libertà al di là del confine oltre il quale comincia il diritto altrui. Il concetto della libertà politica, quale si afferma nella seconda metà del 1700 nel pensiero degli illuministi, e si traduce in realtà pratica nelle legislazioni uscite dalla rivoluzione francese, è inscindibile dall'idea del *limite* posto alla libertà dal diritto. « *La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent* », insegna MONTESQUIEU; e VOLTAIRE: « *Être libre c'est ne dépendre que des lois* » (cfr. gli artt. 4 e 5 della *Dichiarazione dei diritti* del 29 agosto 1789).

Il complesso di quelle regole di condotta colle quali lo Stato, cioè la società politicamente organizzata, segna ai cittadini i limiti reciproci della loro libertà individuale, opera, come si è detto, sul piano dei rapporti esterni e delle attività pratiche, il solo nel quale possono avere efficacia le limitazioni eteronome. Ma questi comandi o divieti coi quali lo Stato provvede a regolare la condotta esterna dei cittadini non possono porre limiti alla interna autonomia delle coscienze; le quali, di fronte ai limiti esterni segnati dal diritto, rimangono, nella loro naturale incoercibilità, moralmente libere di scegliere tra l'osservarli e il trasgredirli. Lo Stato, che non può con mezzi coercitivi esterni incatenare la libera volontà dei singoli, non può far altro, per indurli ad osservare volontariamente le regole di condotta da esso poste, che comminare, per chi non le voglia osservare, certe misure afflittive ester-

ne (sanzioni) con cui esso Stato colpirà i trasgressori, e che si presentano quindi in anticipo come conseguenze prevedibili della trasgressione. In questo modo il diritto, pur non potendo incatenar le coscienze che restano moralmente libere di rifiutarlo (e talvolta proprio in questo rifiuto è il segno eroico di un'alta coscienza morale: come quella del ribelle che pur di non piegare la sua volontà alla legge del tiranno, affronta senza esitare la prigionia e la morte), agisce su di esse come un argomento di persuasione, come uno stimolo di convenienza, di fronte al quale la volontà del singolo, liberamente valutandolo, può determinarsi in senso conforme a quello che il diritto comanda, ovvero, se lo preferisce, può determinarsi in senso opposto e andare consapevolmente incontro alla sanzione che attende i trasgressori. Così al disopra dei limiti entro i quali il diritto necessariamente circoscrive la libertà politica, determinatrice sovrana della condotta individuale rimane in ogni caso, in sè svincolata da ogni restrizione esterna, la libertà morale: alla quale il diritto in prima linea si rivolge, nella fiducia che, senza attendere la sanzione, il cittadino, nello scegliere tra i vari comportamenti possibili, preferisca la volontaria obbedienza. Questo è infatti il funzionamento fisiologico del diritto: il quale solo in un secondo momento può diventare, come *extrema ratio* eccezionale, costrizione fisica; mentre ordinariamente esso si esaurisce tutto in un primo momento, in cui è soltanto un richiamo diretto dall'autorità alla coscienza del singolo, un suggerimento, una traccia segnata alla sua volontà, affinchè questa liberamente si determini nella direzione suggerita. Così, prima che alla forza dell'autorità che lo proclama, l'osservanza del diritto è affidata alla libertà morale di coloro ai quali è indirizzato; affinchè il diritto viva bisogna che dentro le sue formule vuote circoli la libertà, come il sangue dentro le vene. Senza il battito interno di questa forza animatrice che è la libertà, le leggi che si appoggiano soltanto sul terrore senza tener conto della vita morale di coloro che dovrebbero osservarle, sono morti scenari fatalmente destinati a sfasciarsi alla prima ventata.

3. — *La certezza del diritto.*

Affinchè il singolo possa liberamente determinarsi a conformare la sua condotta esterna alla regola giuridica posta come garanzia e insieme come limite della sua libertà, occorre che questa regola preesista all'azione e sia conosciuta in anticipo da chi è invitato ad uniformarsi: occorre cioè che il diritto sia *certo,* in modo che vi sia per ciascuno la possibilità pratica di conoscere, *prima di agire,* quali sono le azioni permesse e quelle vietate, ossia quali sono i limiti esterni entro i quali egli può nel vivere sociale esercitare la sua libertà senza

violare la libertà altrui. A questa elementare esigenza pratica di ogni convivenza civile si intende alludere quando si dice che il primo gradino della legalità è la *certezza del diritto*: la quale, per il singolo cittadino, vuol dire soggettivamente certezza dei limiti della propria libertà, ossia certezza dei propri diritti e dei propri doveri.

Se il diritto deve valere come delimitazione preventiva della libertà individuale, sembra ch'esso non sia concepibile separato dall'attributo della certezza. Il limite, ove debba operare in pratica come tale, implica necessariamente la linea visibile, il segno netto; dire limite incerto può parere una *contradictio in adiecto*: sarebbe come dire limite che non limita. E così per il diritto: diritto incerto equivale in pratica a mancanza di ogni diritto, come libertà i cui limiti siano incerti equivale in pratica a schiavitù.

Le limitazioni della libertà individuale che sono imposte ad ogni cittadino dalla convivenza nel consorzio civile hanno come loro corrispettivo la sicurezza non solo di poter agire lecitamente entro questi confini, ma altresì di poter contare sull'aiuto dell'autorità per respingere da questa cerchia ogni invasione estranea. Anche se i limiti della libertà individuale sono ristretti, il sacrificio imposto da tale ristrettezza può essere ripagato dalla tranquillità che è garantita dallo Stato entro quell'angusto territorio giuridico, ove il cittadino rispettoso delle leggi può vivere con dignità, senza timori e senza favori.

Meglio una legge rigorosa, ma formulata in modo così preciso da non lasciar margine all'arbitrio del giudicante, che una legge dall'apparenza blanda e indulgente, che per la sua formulazione elastica e generica possa adattarsi caso per caso ai variabili umori di chi deve applicarla. Questo è l'« assioma generale » enunciato dal BECCARIA (§ XXXIII): « che ogni cittadino deve sapere quando sia reo o quando sia innocente ». Per poter adempiere nella società alla sua funzione pacificatrice, bisogna che il diritto sia norma fissa e costante, sulla quale il cittadino possa contare in anticipo; un impegno *a priori* preso dallo Stato verso tutti i consociati indistintamente considerati, e non una graziosa concessione singolare, una specie di sanatoria *a posteriori*, che l'interessato debba mendicare dalla benevolenza del padrone onnipotente. Là dove il cittadino non è messo in grado di leggere come su una chiara tabella la preventiva valutazione giuridica della sua futura attività, ma deve attenderla dal successivo ed aleatorio beneplacito dell'autorità, ivi non può essere nè libertà nè diritto.

Se il diritto non è rivestito di preventiva certezza, anche coloro che hanno la buona volontà di assolverlo non sono praticamente in grado di mettere in atto questo loro proposito: perché a un comando che non dica in anticipo che cosa voglia, non è umanamente possibile prestare obbedienza. Questa anticipata certezza è dunque un requisito

formale, attinente al modo con cui il diritto, qualunque sia il contenuto sostanziale delle sue prescrizioni, si esprime e si manifesta ai consociati. Si parla di *certezza del diritto*, come se questa fosse un requisito oggettivo di esso, mentre in realtà si vuol intendere la certezza soggettiva di coloro che debbono uniformarvisi: con questa frase ellittica si intende dunque più propriamente alludere a quei requisiti estrinseci di forma che il diritto deve avere per essere chiaramente appreso ed inteso da coloro ai quali si indirizza, in modo da renderli certi della sua esistenza e del suo preciso contenuto.

Or qual'è la forma con cui il diritto deve manifestarsi per dare ai consociati questa preventiva certezza?

CAPITOLO II

LA LEGALITA' IN SENSO FORMALE

4. — *Formulazione del diritto: giustizia del caso singolo e legalità.*

Consideriamo come un dato di fatto la esistenza in ogni società giuridicamente organizzata di una autorità costituita, cioè, per dirla con parole semplici, di un gruppo più o meno numeroso di persone alle quali sia affidato il potere di dettare le regole che debbono essere osservate dai consociati. L'origine e la legittimità di questo potere, il modo con cui esso è distribuito tra coloro che ne sono investiti e la conseguente struttura degli organi di governo, son tutte questioni che per ora non ci interessano. Ci basti osservare che, qualunque sia la struttura costituzionale dello Stato, il diritto, questo sistema di regole di condotta indirizzate a mantener l'equilibrio tra le libertà individuali, appare ai cittadini come un sistema di comandi esprimenti la volontà degli organi ai quali spetta l'esercizio del potere. Si tratta ora, appunto, di vedere come l'autorità può formulare questi suoi comandi perchè essi siano rispondenti al requisito della certezza di cui qui si discorre.

Teoricamente si può immaginare che la formulazione di questi comandi avvenga secondo l'uno o l'altro dei due sistemi tipici che la dottrina considera (quantunque negli ordinamenti giuridici positivi si trovino spesso coesistenti e confusi) distinti e contrapposti: formulazione « giudiziaria » o « giurisprudenziale » e formulazione « legale » o « legislativa » del diritto. Al primo sistema si allude quando si parla di « diritto libero » o di « giustizia del caso singolo », mentre il secondo è denominato anche il « sistema della legalità ».

Secondo il primo sistema la funzione giuridica dell'autorità non entra in esercizio che al momento in cui si presenta il singolo caso da regolare: solo quando si produca tra due consociati un concreto conflitto di interessi, una collisione tra le loro libertà che non possa risolversi coll'accordo dei due interessati ma abbia bisogno di una coazione superiore, l'autorità interviene a *dicere ius* per quel singolo caso, proclamando, ed imponendo ove occorra colla forza, quel regolamento

di specie che ha valore per il solo rapporto in atto, ed in esso si esaurisce. Qui nessun diritto preesiste alla controversia: le attività dei singoli sono giuridicamente inqualificate fino a che non intervenga a considerarle *a posteriori* lecite o illecite la decisione dell'autorità. La libertà individuale non ha qui, prima dell'azione, nè limiti nè garanzie: il limite potrà esser dettato e la tutela concessa solo quando si dovrà stabilire di volta in volta, giudicando sull'azione già compiuta e sulla collisione già avvenuta, quale dei due interessi in conflitto debba esser sacrificato e quale assistito; è una libertà di fatto, alla quale non si può sapere in anticipo se corrisponderà, ed in che limiti, la tutela giuridica, della quale si potrà discutere soltanto sulla base dei fatti compiuti. In un sistema simile il diritto nasce dunque come comando singolare, in forma di sentenza giudiziaria valevole solo per il caso deciso: l'organo produttore del diritto, lo Stato nella sua funzione giuridica, è tutto e soltanto il giudice; funzione giurisdizionale e funzione giuridica si identificano; la creazione del diritto e la sua applicazione avvengono in un punto solo. E poichè al momento della decisione non esistono leggi prestabilite alle quali il caso possa essere ragguagliato, il giudizio sul caso singolo non può dirsi di diritto (*secundum ius*), ma è piuttosto un giudizio di equità o di opportunità contingente, che si accontenta di raggiungere una soluzione qualsiasi che esaurisca il conflitto particolare, senza cercare criteri generali o attinenze e nessi coi casi simili.

Nel sistema della legalità, invece, il regolamento della condotta interindividuale, anzichè posticipatamente e caso per caso, è stabilito *anticipatamente e per classi,* mediante comandi aventi quella caratteristica formulazione logica che anche ai non giuristi si presenta nel pensiero quando parlano delle « leggi »: comandi non particolari e concreti, dettati per una situazione già in atto, ma comandi generali ed ipotetici, destinati a valere per tutta una serie indefinita, descritta in astratto nei suoi caratteri tipici, di casi simili previsti come possibili nel futuro: in modo che solo il verificarsi in concreto di un caso avente quei caratteri farà scattare all'ora voluta rendendolo attuale e indirizzato proprio a quel caso individuale, il comando potenziale anticipatamente incluso e tenuto in serbo nella legge.

In questo sistema la funzione giuridica si scinde in due momenti: per mantenere l'equilibrio tra le libertà individuali lo Stato prima crea il diritto in forma di leggi generali ed astratte, e poi lo applica in concreto desumendo dalla regola generale il comando particolare, ai casi singoli che richiedono una decisione. Prima legifera e poi giudica: e si separa così logicamente la volontà legislativa, che pone il diritto per una classe ipotetica di casi possibili non ancora avvenuti, e la volontà giudiziale, che dalla norma prestabilita deduce logicamente e

proclama il comando particolare valevole per un determinato caso già avvenuto, avendo i caratteri ipotizzati in astratto dalla norma. Qui dunque la sentenza del giudice non è resa in base a considerazioni di opportunità contingente attinenti al caso singolo, ma in ossequio alla rigida e inesorabile necessità di far valere la legge così com'è stata posta per tutta la classe di casi possibili: di altro egli non deve curarsi se non di accertare che il caso sottopostogli coincida con quello della classe: e se accerta tale coincidenza, basta questo a far sì che il comando della legge, da generale e potenziale, si sia trasformato in particolare ed attuale: *dura lex sed lex.*

Non v'è ora bisogno di lunga dimostrazione per comprendere che dei due sistemi sopra ricordati solo il secondo, cioè il sistema della « formulazione legale » può assicurare tra i consociati la certezza del diritto. Basta considerare il meccanismo logico di tale sistema, quale l'abbiamo descritto nelle sue grandi linee poco fa, per intendere che solo questa separazione della funzione giuridica in due momenti distinti, quello legislativo e quello giudiziale, può dare ai singoli la possibilità, ch'è presupposto di ogni libertà politica, di conoscere in anticipo, prima di agire, quali sono le azioni lecite e quali quelle vietate: ove le possibili attività umane si trovano nelle leggi giuridicamente classificate e qualificate in anticipo, il singolo che prima di agire dubiti se questa azione disegnata rientri nei limiti della sua libertà, non deve far altro che ricercare fra le numerose ipotesi formulate in astratto dalle leggi, quella che coincide col caso suo: e potrà quindi leggere senz'altro, nella parte precettiva di essa, la risposta al suo dubbio.

Che se poi, anche nel sistema della formulazione legale, le cose, in quanto a certezza del diritto, non andranno in pratica così semplicemente come potrebbe apparire da questo schema alquanto rudimentale e sommario, dato che proprio il difficile sta nel sapere quale sia tra cento leggi quella che corrisponde al caso e quale sia esattamente il significato di quella ritenuta corrispondente, questo non vorrà dire davvero che la certezza del diritto sia meglio assicurata dal contrapposto sistema della formulazione giudiziaria, il quale per la sua stessa struttura significa in ogni caso assoluta impossibilità di anticipata certezza del diritto, e quindi in ogni caso, negazione di libertà.

Ma su ciò avremo occasione di discorrere più innanzi.

5. — *Divisione dei poteri e legalità.*

A questa distinzione, che è propria del sistema della legalità, tra il momento dell'applicazione del diritto e quello della sua formulazione, corrisponde necessariamente, nella struttura organica dello Stato, una diversificazione di organi (la cosiddetta *separazione o divisione dei po-*

teri). Non si tratta di una distinzione meramente filosofica tra momenti teorici di un fenomeno praticamente unico, ma di una distinzione avente una base pratica e sensibile, psicologica e cronologica, che porta naturalmente, per legge generale di ogni lavoro umano, a una distinzione di funzioni che esigono in chi deve esercitarle attitudini diversamente specializzate, e quindi a una separazione organica di uffici. Tra il momento in cui si crea la legge e il momento in cui essa è applicata al caso pratico non passa infatti soltanto una necessaria diversità cronologica, computabile talvolta a decenni e magari a secoli (accade anche oggi di veder discusse dinanzi ai nostri tribunali antiche leggi del diritto comune che erano in vigore due secoli fa e più), ma altresì una differenza così netta di interessi e di moventi psicologici, che per forza i modi di vedere e i metodi di ragionare del creatore della legge debbono profondamente differenziarsi da quelli dell'esecutore di essa.

Il lavoro logico che guida il legislatore nella formulazione dei suoi precetti è sopra tutto di astrazione e di sintesi: egli non deve fermarsi al caso particolare ed a quelle specifiche esigenze proprie di esso che ne fanno un *unicum* inconfondibile, ma deve considerare le azioni umane in serie, come fenomeno sociale, cercando di ricostruire, mediante astrazione e ricomposizione sintetica dei caratteri comuni meglio visibili in ciascuna di esse, il tipo medio in cui rimangono assorbite e fuse tutte le deviazioni marginali dei casi singoli; e nel dettar le sue leggi deve cercar di adeguarle all'interesse generale del tipo, anche se qua e là possa accadere che l'interesse particolare, ove si scarti da quel tipo medio, debba rimaner sacrificato.

La mente del giudice deve invece tirare al concreto e al particolare: ciò che gli si richiede è sopra tutto una approfondita analisi del caso singolo, per poterlo raffrontare colle svariate ipotesi delle leggi, e trovar quella in cui esso meglio si adagia e coincide. E come tradirebbe il suo ufficio il giudice che, invece di stare attento al rapporto specifico sottoposto alla sua decisione, volesse divagarsi a rifar per suo conto quel lavoro di astrazione sociale che è riservato al legislatore, così questo verrebbe meno ai doveri della sua funzione se a formulare la legge si lasciasse indurre dall'amore o dall'odio di un caso solo, e per soverchia importanza data all'interesse individuale che vi è in giuoco dimenticasse che l'interesse al quale le leggi debbono servire è quello generale, desunto non da un caso solo già avvenuto, dal calcolo di una serie indefinita di casi non ancora avvenuti, e pur possibili nell'avvenire. Lo sguardo del legislatore deve poter cogliere a distanza nel futuro, come quello delle ombre dantesche, le grandi linee delle cose « che ne son lontane »: i particolari di quelle che « s'appressano e son » basta che sappia scorgerli il giudice, nel quale è forse virtù quel troppo guardar da vicino che sarebbe difetto nel legislatore.

Così la separazione tra gli organi legislativi e quelli giurisdizionali impedisce che avvengano contaminazioni fra questi due modi di vedere: evita cioè che il legislatore quando legifera si lasci commuovere dal caso particolare, o che il giudice, quando conosce del caso particolare, si avventuri a rimettere in discussione le ragioni della legge ch'egli deve semplicemente applicare così com'è.

Analoghe considerazioni impongono la separazione organica tra l'autorità legislativa e l'autorità amministrativa: dalla quale ultima il cittadino attenderebbe invano un'attività rispettosa della legalità, se anche per l'amministrazione pubblica la legge non costituisse un limite precostituito ed eteronomo, non modificabile a suo arbitrio di volta in volta, secondo le contingenze dei singoli affari.

Il nucleo vitale e indistruttibile del sistema della separazione dei poteri va dunque ricercato proprio nella certezza del diritto, di cui questo sistema è il meccanismo realizzatore. Se nella stessa autorità che esercita il potere di legiferare si trovasse concentrato, com'è avvenuto in certe forme di stato dispotico, il potere giudiziario e quello esecutivo, non basterebbe la preventiva esistenza di una legge a dare ai cittadini la certezza del loro diritto, perchè, al momento di giudicare o di amministrare, potrebbe sempre darsi che quell'unica autorità in cui tutti i poteri fossero riuniti sentisse la opportunità contingente di modificare o sospendere la legge in vista del caso singolo; mentre la separazione dei poteri importa che la legge non può essere modificata altro che per interessi generali da un'altra legge, e non per considerazioni particolari, in forma di sentenza o di atto amministrativo.

E questo è anche, in sostanza, il significato meglio visibile di quella teoria dello « Stato di diritto » che la dottrina pubblicistica del secolo XIX ha costituito sulla base del principio di legalità; il quale « Stato di diritto » nei suoi svariati e delicati congegni costituzionali, si può ricondurre a quest'unica idea madre: che non solo le relazioni fra i cittadini, ma anche quelle tra essi e le autorità, debbono essere regolate da leggi precostituite, dettate in anticipo per un interesse generale e non in vista del singolo caso che potrà trovarsi a cadere sotto il loro precetto; in modo che ogni cittadino sappia di poter agire sotto la protezione di un diritto che non è stato fabbricato su misura per favorir questo o per opprimer quello, e che assicura a lui, senza guardare in faccia a nessuno, lo stesso trattamento che sarebbe fatto ad ogni altro in un caso simile al suo.

6. — *Giustizia e politica.*

E qui viene opportuno ricordare un corollario di quello che si è detto finora: la separazione, che è essenziale nel sistema della legalità, fra giustizia e politica.

In un significato ampio, la politica abbraccia tutte le attività pratiche che concorrono a creare l'ordine nella società: e quindi, anche nel sistema della divisione dei poteri, si può considerare politica tanto l'attività degli organi legislativi che formulano il diritto in astratto, quanto quella degli organi giurisdizionali, che lo fanno valere applicandolo ai casi concreti. Ma nella contrapposizione tra giustizia e politica, che si suol fare quando si vuol affermare che questa seconda attività non deve intralciare l'esercizio della prima, alla parola « politica » si dà un significato più ristretto e specifico: adoprandola per indicare, in contrapposto all'attività *giuridica* che tutta si svolge nei limiti ed in esecuzione del diritto vigente accettato senza discuterlo così com'è, tutte quelle attività che, discutendo criticamente il diritto vigente, precedono e preparano la creazione del diritto futuro. Antitesi fra giustizia e politica significa dunque antitesi fra *ius conditum* e *ius condendum*: fra la osservanza del diritto vigente fedelmente interpretato, e la polemica per mettere al posto del diritto vigente un diritto nuovo che sia più adeguato alle mutate esigenze storiche della società.

Nel sistema della legalità, giustizia non vuol dire altro che conformità alla legge: il giudice non ha altro modo di esser giusto che quello di conformare la sua sentenza alla volontà della legge. Tutte le valutazioni di opportunità, la diagnosi di tutti i coefficienti economici e morali di cui il diritto è la risultante, appartengono in maniera esclusiva all'ufficio del legislatore: quel torrente di forze sociali in perpetuo travaglio deve sboccare e far leva sugli organi legislativi, non su quelli giudiziarî. La politica si può in un certo senso considerare come la gestazione del diritto: un accavallarsi di correnti inquiete che cercano di aprirsi un varco per arrivare a trovar appagamento e riposo in leggi che le riconoscano e le tutelino. Tutte le critiche rivolte contro gli ordinamenti invecchiati, la lotta contro le istituzioni, le aspirazioni delle classi sacrificate, le sommosse e le rivoluzioni, si riducono, per chi le consideri sotto l'aspetto giuridico, a movimenti di interessi disconosciuti e conculcati dalle leggi vigenti, che lottano per l'abolizione di esse e per la creazione al loro posto di altre leggi che trasformino questi interessi in diritti. Ogni attività politica, anche estrema e sovvertitrice, mira a creare un ordine nuovo che sia consacrato in leggi: la politica è la dinamica di cui il diritto è la stasi e l'acquetamento.

Ma nel sistema della legalità questa lotta, in cui cozzano i più disparati stimoli, si concentra tutta nel momento legislativo, nella fase di creazione della legge generale ed astratta: creata la legge, la politica si placa e si depura in quelle formule ridotte a schemi logici, come dopo la lunga ebollizione l'essenza si raffredda, monda di ogni scoria, nell'alambicco. E il giudice nel far giustizia nulla deve sapere delle operazioni chimiche svoltesi nel laboratorio legislativo prima che

venga il suo turno; e deve usare senza passione partigiana questo prodotto finale di una elaborazione politica nella quale egli non ha avuto e non deve avere alcuna ingerenza.

Ma questa contrapposizione tra giustizia e politica, che è necessaria nel sistema della legalità, sparisce nel sistema del diritto libero; se nel sistema della formulazione legale il giudice deve essere soltanto un giurista, cioè un interprete fedele del diritto già fissato in formule dal legislatore, nel sistema della formulazione giudiziaria il giudice deve per forza essere un politico: perchè, non trovando dinanzi a sè la guida delle leggi precostituite, è costretto a cercar per suo conto i criteri di decisione nel tentar caso per caso quella diagnosi delle forze sociali che nel sistema della legalità è fatta per classi dal legislatore.

7. — *La formulazione del diritto negli ordinamenti positivi.*

Non si deve credere che questi due diversi sistemi di formulazione del diritto, dei quali finora si è cercato di disegnare nelle linee estreme la antitesi teorica, si trovino accolti nella pratica degli ordinamenti positivi con altrettanta rigidezza tipica, in modo che l'adozione dell'uno importi necessariamente l'esclusione assoluta dell'altro. In realtà nella storia degli ordinamenti positivi questi due sistemi si incontrano sempre variamente combinati e commisti fra loro: adottar l'uno significa in pratica soltanto dar la prevalenza ai caratteri che gli son propri, non senza far posto, in via di concessione e di temperamenti, a qualcuno dei caratteri dell'altro.

Per trovare il sistema della formulazione giudiziaria nella sua forma pura bisogna forse andare a cercarlo nelle consociazioni primitive, dove, in mancanza di leggi scritte (è noto che storicamente l'autorità nasce in veste di giudice prima che di legislatore), la funzione pacificatrice del capo deve necessariamente esplicarsi soltanto in giudizi di specie: ma forse anche qui nel diritto del caso singolo vi è sempre una certa risonanza di vaghe premesse generali che vivono nella consociazione in forma di costume o di credenza religiosa.

Come fatalmente questo sistema porti, proprio per la insopprimibile esigenza della certezza del diritto, a trarre dalle viscere del caso pratico gli elementi per risalire ad un principio generale che potrà d'ora in avanti ridiscendere nella pratica come norma da servir per tutti i casi simili, si vede dall'esempio classico del diritto romano il quale mostra il fenomeno di una grandiosa ed insuperata architettura di principî giuridici generali, i cui materiali di costruzione sono stati per la più gran parte responsi e rescritti dettati in origine per risolvere casi

di specie; e, più modernamente, dal sistema, proprio dei paesi anglo-americani, del « *judge made law* », nel quale i poteri dati al giudice di giudicare liberamente secondo l'equità del caso singolo, sono corretti e arginati dall'efficacia vincolante dei « precedenti » giudiziarî (*stare decisis*), per la quale ogni sentenza, quantunque pronunciata per risolvere un caso singolo, deve valere in seguito come modello per tutti i casi simili, e quindi, da decisione concreta di specie, è destinata ad acquistar nell'avvenire un'efficacia pari a quella di una norma generale, che servirà a garantire, in tutti i rapporti che si ripresenteranno cogli stessi caratteri di quello deciso, la certezza del diritto.

E' vera altresì, nella pratica degli ordinamenti positivi, la proposizione inversa: che cioè anche in quegli Stati (che prima della presente crisi mondiale erano la gran maggioranza) ov'è adottato nella sua più ampia estensione il sistema della legalità, il giudice, che pure in questo sistema non dev'essere altro che la *viva vox* della legge precostituita, ha tuttavia in numerosi casi un certo potere di adeguamento della norma astratta al caso concreto, in vista del quale si può dire che anche qui la formulazione del diritto non si esaurisca tutta compiuta e conclusa nelle leggi, ma sia in parte affidata all'opera specificatrice del giudicante: la cui decisione, purchè si mantenga entro il binario segnato da quelle, appare come una formulazione complementare che perfeziona ed affina quella dettata in anticipo dal legislatore, per renderla più strettamente aderente alla particolare configurazione del caso singolo.

In ogni codice, anche in quelli in cui meglio appare nella minuziosa precisione tecnica degli articoli lo studio del legislatore di non lasciare aperto alcun varco all'incertezza e all'arbitrio, il giurista potrà scorgere diecine di articoli in cui è dato espressamente al giudice il potere equitativo di temperare i rigori della legge in considerazione delle particolari circostanze del caso; o in cui nel testo della legge sono adoprate espressioni volutamente generiche ed elastiche (quelle che immaginosamente sono state chiamate le « valvole di sicurezza » o gli « organi respiratorî » dell'ordinamento giuridico) affinchè il giudice possa di volta in volta riempir quei vuoti in maniera meglio corrispondente alle particolarità del caso e alla evoluzione storica di certi concetti (tipico e tradizionale è l'esempio della « diligenza del buon padre di famiglia », art. 1176 Cod. civ., la cui determinazione concreta, variabile secondo le persone ed i tempi, è rilasciata caso per caso al prudente apprezzamento del giudice).

E poi, indipendentemente da questi casi in cui il potere di perfezionare la formula legislativa è espressamente attribuito al giudice dal legislatore, un certo insopprimibile potere di precisare la legge per avvicinarla al caso pratico è sempre implicito, senza alcun bisogno che

lo dichiari il legislatore, nello stesso meccanismo logico con cui si compie l' « applicazione » del diritto al fatto, cioè la deduzione dalla formula astratta della legge del comando specifico che risolve la controversia particolare. Applicare la legge vuol dire prima di tutto *interpretarla*, cioè capirla, cioè ripensarla non in astratto, ma al lume delle esigenze concrete del caso particolare col quale è posta a raffronto: ed ogni interpretazione è necessariamente, se non una modificazione, una prosecuzione ed una specificazione, in cui l'interprete, anche il più fedele, non può non lasciare qualcosa di suo.

Il razionalismo illuministico, dalla crudele esperienza della generale incertezza del diritto prodotta dalla confusione e spesso dal contrasto delle fonti, dalla concorrenza delle giurisdizioni e dall'illimitato arbitrio dei giudicanti, trasse una tale cieca fede nella infallibile e onnipotente preveggenza della legge, da arrivare a sostenere che nel sistema della legalità i giudici, per rimaner fedeli alla legge, dovessero applicarla *senza interpretarla*: poichè in ogni interpretazione si sospettava un tradimento (si confronti il cap. 4 di *Dei delitti e delle pene* di Beccaria).

E questo feticismo teorico non rimase senza conseguenze pratiche; poichè nei primi ordinamenti usciti dalla rivoluzione francese fu espressamente accolto tale divieto, con obbligo fatto ai giudici di arrestarsi appena che nel giudicare si fossero trovati in dubbio sul significato di una legge, e di ricorrere per aver lumi agli organi legislativi. Ma bastò un breve esperimento di questo cosiddetto « *référé législatif* » per far capire che vietare al giudice di interpretare la legge vorrebbe dire vietargli di capirla e quindi di applicarla e quindi di fare giustizia; e di lì a poco l'assurdo divieto fu abolito e si riconobbe che anche nel sistema della legalità è indispensabile che al giudice sia consentito il potere (ed anzi sia imposto il dovere) di interpretare la legge, purchè essa interpretazione esaurisca i suoi effetti nel solo caso deciso (*interpretazione giudiziaria*) e non invada il campo del legislatore, al quale solo appartiene il potere di interpretare le sue leggi con formule generali valevoli anche per l'avvenire (interpretazione *legislativa* o *autentica*).

Così, anche nel sistema della formulazione legale, il giudice, che dev'essere l'animatore della legge, non è da considerarsi al livello di una di quelle macchine inanimate che eseguono i loro calcoli al comando di una manovella. Per quanto la legge sia formulata in termini precisi e specifici, rare volte è possibile trovare nella realtà un caso che rientri a puntino nello stampo rigido di quella formula predisposta, senza lasciar qua e là qualche intercapedine: sicchè è indispensabile la rifinitura del giudice per colmar questi vani e far sì che la legge e il fatto vengano su tutti i punti a combaciare più strettamente. Se le

leggi come escono dalla fucina del legislatore si possono assomigliare a prodotti fabbricati in serie, l'opera del giudice è il ritocco che le perfeziona caso per caso, fino a farle apparire come costruite su misura proprio per esso. Ma questo non altera il sistema della legalità, nè mette in pericolo la certezza del diritto; perchè si sa in anticipo entro qual ristretta zona può spaziare quest'opera intermediatrice del giudice e si può quindi prevedere quale potrà esserne il massimo scarto, che in ogni caso non potrà spingersi oltre il limite fissato dalla legge.

8. — *Sospensione e corruzione della legalità.*

Coi temperamenti testè accennati, il sistema della legalità è talmente penetrato nella pratica dei moderni ordinamenti europei, che la fisionomia della civiltà occidentale non sarebbe riconoscibile senza di esso. La legalità è diventata ormai la espressione naturale del razionalismo giuridico europeo. Per noi diritto e legge sono concetti talmente inseparabili che quasi si identificano; e ci pare che l'idea del diritto verrebbe a perdere ogni afferrabile consistenza se non la potessimo chiaramente tradurre in visibili formule generali, e se tutta la realtà giuridica si dovesse ridurre all'intuizione individuale del giudice, posto dinanzi al caso singolo colla sola guida della sua coscienza. Il diritto del caso singolo rappresenta il sistema primitivo e rozzo di una civiltà patriarcale, dal quale si passa necessariamente al sistema della legalità via via che la società si evolve verso ordinamenti sempre più vasti e complessi, che richiedono anche per il mantenimento dell'ordine giuridico strumenti tecnicamente sempre più perfezionati e più estesi: tornare oggi alla giustizia del caso per caso (assurdo storico come sarebbe il pensare che la nostra civiltà meccanica potesse rinunciare alle macchine da essa inventate) vorrebbe dire rifare a ritroso verso la barbarie il cammino dei millenni.

Ma se non è oggi neppure concepibile un ritorno pacatamente deliberato dei popoli civili alla giustizia del caso singolo, il riaffacciarsi di questo sistema può essere anche oggi, in momenti di grave crisi sociale, la conseguenza di fatto della improvvisa e violenta distruzione della legalità precedente. Il meccanismo lento e complicato della formulazione legislativa ha bisogno, per poter funzionare in maniera regolare, di tempi riposati: quando l'oceano sociale è calmo, più distintamente può il legislatore scorger dall'alto le correnti che affiorano, e tenerne conto nelle sue leggi. Ma in tempi di crisi, quando le tendenze in lotta si urtano furiose e si accavallano, e non è ancora possibile capire quale prevarrà, e tuttavia bisogna in qualche modo provvedere a ristabilire l'ordine in via d'urgenza, allora il ritorno al sistema della formulazione giudiziaria può essere una *extrema ratio* da adottare

come misura temporanea, per evitare il peggio; ma questo ritorno, se può essere una necessità, non potrebbe esser salutato come un progresso: come non sarebbe un progresso, il giorno in cui un cataclisma avesse distrutto tutti i veicoli a trazione meccanica, il forzato ripristino, a cui si trovassero costretti gli uomini impoveriti, dei carri primitivi e delle treggie.

In un ambito molto limitato, qualcosa di simile avvenne anche in Italia dopo la prima guerra mondiale; quando, per disciplinare in via d'urgenza certi rapporti sociali nei quali più aspro e tumultuoso si faceva sentire l'attrito tra le categorie di interessati (per esempio i rapporti tra inquilini e proprietarî di case, resi difficili dall'acuita crisi degli alloggi) si crearono, invece di leggi generali, quelle « giurisdizioni di equità » che dovevano risolvere volta per volta, secondo criterî di opportunità più politici che giuridici, suggeriti dalle particolari circostanze del caso, le difficoltà del momento. Qui fu lo stesso avveduto legislatore che, per evitare uno scoppio generale di tutta la macchina legislativa, aprì deliberatamente il varco alle correnti in ebullizione nei punti ov'esse più premevano: e quando attraverso la giurisprudenza di quei giudici di equità, si furono precisate e sfogate, potè con calma tradurre quella mobile giurisprudenza in leggi stabili, e richiudere i varchi appena passato il pericolo.

Ma in maniera più generale e più improvvisa, esteso a tutto l'ordinamento giuridico e non limitato ad alcune zone prestabilite dal legislatore, il crollo della legalità si produsse, irresistibile come un fenomeno di natura, in Russia, subito dopo la rivoluzione comunista; quando, abolita di un colpo tutta la legislazione zarista, in quel caos sociale rimasto da un giorno all'altro senza leggi furono istituiti i « tribunali del popolo » coll'ufficio di giudicare, in civile o in penale, secondo la « coscienza proletaria »: esempio grandioso di un diritto ridotto tutto quanto a giustizia del caso singolo, di un diritto senza residuo legale, riportato a coincidere interamente colla politica, e quindi ridivenuto fluttuante e gasoso al par di essa. Ma anche in Russia questo sistema, instaurato di fatto per la impossibilità di sostituire d'un colpo con nuove leggi la legislazione abolita, ebbe vita breve: appena la lava incandescente della rivoluzione incominciò a rassodarsi, subito per forza di cose il regime fondato su quel terreno ancor caldo sentì il bisogno di affermare la propria solidità in una nuova codificazione. Ancora una volta, com'è dimostrato dall'ultima costituzione staliniana, la distruzione rivoluzionaria delle leggi non aveva servito che a creare una nuova legalità.

Ma più che la soppressione violenta che è sempre di breve durata, deprecabile e perniciosa è la lenta corruzione della legalità: quei regimi in cui ufficialmente il diritto è scritto nelle formule dei codici,

ma in realtà al momento di metterlo in pratica si traduce nel capriccio individuale di chi dovrebbe applicarlo ai casi singoli. « Leggi vi son, ma chi pon mano ad esse? » Questo è, scolpito nel verso dantesco, il regime più abominevole: nel quale la legalità è solo un nome vano, ma nella realtà non è altro che mutevole e tortuoso illegalismo, retto non dalle leggi generali ed uguali per tutti, ma dall'arbitrio onnipotente di chi di fatto si trova a comandare di volta in volta. Qui le leggi non solo non sono in grado di esercitare la loro benefica funzione di assicurar la certezza del diritto, ma contribuiscono a perpetuare dietro il loro schermo un regime di ironica incertezza e finzione giuridica; perchè all'ombra delle leggi scritte per salvar le apparenze altro diritto non resta che la prepotenza dei vari governanti o « gerarchi », ciascuno dei quali diventa di fatto un tirannello dispensatore a suo piacere di crudeltà o di favori. A questo regime di illusoria legalità, dietro il quale diventa pratica quotidiana quella che si potrebbe chiamare la « ingiustizia del caso singolo », è certo preferibile la sincera e violenta soppressione rivoluzionaria di ogni finzione di legge: che almeno, colla rimozione totale di ogni sovrastruttura di legalità, mette allo scoperto le forze più irrequiete della società e le costringe, nel travaglio che occorre per la ricostruzione dell'ordine nuovo, a precisarsi e a prender coscienza di sè.

Una siffatta situazione di effettivo illegalismo mascherato dietro lo schermo delle leggi esisteva anche in Italia prima della rivoluzione francese: e le speranze, così vive nella seconda metà del '700 e così eloquenti anche negli scrittori italiani di quel tempo, riposte nella legalità come sola garanzia della libertà, sorsero non dall'esperienza di un regime in cui non vi fossero leggi, ma al contrario da quella di un regime in cui di leggi ve n'erano troppe, e tutte di fatto non osservate. Anche allora, come oggi, il diritto era ufficialmente costituito da formule aventi quella struttura logica generale ed astratta che è caratteristica della legge: il diritto romano, il diritto canonico, gli statuti e le ordinanze locali erano apparentemente le fonti di una legalità minuziosamente costituita in anticipo, che sembrava non lasciasse alcuna maglia aperta alla giustizia improvvisata del caso singolo. Ma il male era che in realtà queste leggi, spesso oscure e in conflitto tra loro, ed esautorate, specialmente in materia penale, dalla loro stessa severità, non erano di fatto applicate se non quando e come applicarle piacesse al gusto momentaneo del giudicante: il quale per ognuna di queste leggi trovava elencate nella dottrina una serie di *opiniones* contrastanti ed ugualmente *probatae*, tra le quali non mancava mai quella che, sotto apparenza di rispettar formalmente la legge, gli permetteva in realtà di sfogare senza alcun ritegno le sue simpatie o i suoi livori. Un ritratto parlante di questa situazione si trova nelle pagine ancora

fresche del BECCARIA e del MURATORI: che mostrano fino a qual punto un regime basato sull'apparente ossequio alla legge si possa trasformare di fatto in un regime di arbitrio, ove le leggi sono soltanto un pretesto per dar veste di legalità all'ingiustizia.

9. — *La certezza del diritto soggettivo e il suo valore morale.*

Dal profilo ora tracciato dei due contrapposti sistemi tipici di formulazione del diritto in senso oggettivo appare evidente, senza bisogno di lunga dimostrazione, che solo nel sistema della legalità è concepibile quella espressione giuridica della libertà individuale che è il diritto in senso *soggettivo*: nozione che necessariamente si annebbia e sfuma se all'azione individuale non preesiste la regola generale ed astratta che in precedenza la qualifica. Il diritto soggettivo infatti non è altro che l'individuarsi, l'impersonarsi della legge preesistente in un determinato soggetto, il quale, sapendo di poter liberamente agire in conformità di essa, ha la certezza di poterla invocare a proprio favore nei confronti di chiunque volesse ostacolarlo nel godimento di quella libertà che la legge gli garantisce.

Di fronte alla nozione di diritto *oggettivo*, che è il complesso delle norme generali ed astratte che limitano in anticipo la libertà dei singoli e ne regolano la reciproca attività, il diritto *soggettivo* è non soltanto la coscienza che il singolo ha di poter svolgere la sua attività entro i limiti segnati da quelle norme e di poter pretendere da tutti gli altri consociati il rispetto di quei limiti, ma altresì, e soprattutto, la coscienza di poter contare per la difesa di questi limiti sulla forza della pubblica autorità. Così il diritto oggettivo che, quando nasce in forma di astratte ipotesi, è di tutti e di nessuno, diventa, discendendo e rivivendo nel mio spirito individuale, il « mio diritto », cioè garanzia concreta della mia libertà, sicurezza che il mio interesse privato coincide, entro quei limiti, coll'interesse pubblico e può invocarne la protezione. Il diritto soggettivo costituisce pertanto una forza morale che accresce la persona ed esalta in essa il senso della libertà e la volontà di resistenza all'aggressione. La certezza del diritto oggettivo, propria dei regimi dove la legge impera, diventa, vista dalla posizione particolare del singolo, la *certezza del proprio diritto soggettivo*. Il singolo entro i confini di quella sfera giuridica sulla quale la legge gli garantisce l'esercizio della libertà, si sente sovrano: e se apparentemente è un sovrano disarmato, perchè l'ordine della consociazione gli vieta l'autodifesa, egli sa però che in realtà, a guardia del suo diritto, c'è la forza dell'autorità; e che al bisogno quando sia invocata a difesa del suo diritto, questa forza pubblica, incommensurabilmente più efficace di quanto potrebb'essere la sua privata, sarà

al suo servizio. Questo è infatti il consolante significato della celebre risposta che dette il mugnaio di Sans-souci al re di Prussia: « *Il y a des juges à Berlin* »: dove impera la legge, anche il più umile cittadino può guardare in faccia il potente che minaccia il suo diritto, perchè sa di avere in mano la leva per far scattare contro di lui i fulmini della giustizia.

Ma dove impera invece la giustizia del caso singolo, nessuno, prima che il giudice si sia pronunciato, può esser certo del suo diritto: il singolo sente qual è il suo interesse, ma ignora se questo abbia la dignità giuridica di un vero diritto soggettivo, perchè la pubblica protezione, anzichè promessa in anticipo, è rimessa, caso per caso, al variabile apprezzamento discrezionale di chi può, a suo arbitrio, concederla o negarla; e così dinanzi all'ingiuria e alla tracotanza altrui, non lo incoraggia la fiducia nell'autorità, perchè il chieder giustizia a chi non è tenuto ad osservare la legge, diventa, invece che l'esercizio dignitoso di un diritto, l'accatto umiliante di una grazia.

Niente come la incertezza del diritto serve ad avvilire i caratteri, a far discendere di gradino in gradino il livello morale delle coscienze. Dove la distinzione tra il lecito e l'illecito è rimessa al giornaliero capriccio del principe o dei suoi satelliti, il suddito si abitua all'adulazione, alla viltà, alla pavida rassegnazione: ogni azione, anche la più innocente e comune, è compiuta con esitante circospezione, nel dubbio che possa non andare a genio di chi comanda; ogni soperchieria è sopportata a testa bassa, poichè si ignora se nella mutevole opinione di chi deve giudicarla, essa sia un delitto o sia delitto il ribellarvisi; ogni prepotente ed ogni ricattatore è blandito con inchini poichè non è più agevole discernere ove sia il confine tra il brigantaggio e l'esercizio della pubblica autorità. Il chieder giustizia, anzichè la protesta fatta a fronte alta da chi ha la coscienza di aver ragione, diventa il timido supplicare di chi attende un'elemosina: dove non c'è più il termine di paragone per distinguere tra la giustizia e il favoritismo, ci si deve rassegnare a inginocchiarsi ugualmente, e occorrendo a pagare, per aver l'uno o l'altra. Anche l'uomo onesto alla fine perde il senso della differenza tra il giusto e l'ingiusto, e si abitua a battere le vie tortuose delle commendatizie e della corruzione; e se gli riesce una volta tanto di trovare un giudice che gli dia ragione quando l'ha, si sente in obbligo di considerarlo come un magnanimo benefattore.

La preventiva certezza del diritto è invece maestra di fierezza civile: essa stimola il senso della responsabilità in chi, sapendo esattamente quali siano i suoi diritti e i suoi doveri, può prevedere con piena coscienza le conseguenze dei propri atti; la evidenza con cui il singolo scorge tracciato intorno a sè il confine della sua libertà, rafforza in lui l'attaccamento alla propria indipendenza entro quel terri-

torio ben definito, e il coraggio per sostenere, a difesa di ciò che sicuramente gli spetta, quella che JHERING chiama la « lotta per il diritto ».

Lo stesso BECCARIA, dopo aver descritto con efficaci tocchi gli orrori del sistema penale dei suoi tempi, « aumentati dal più crudele carnefice dei miseri, l'incertezza », e l'affanno di chi deve vivere, in mancanza di leggi certe, soggetto « alle piccole tirannie di molti, tanto più crudeli quanto è minore la distanza tra chi soffre e chi fa soffrire », contrappone a questo avvilimento quella « sicurezza di loro stessi », quello « spirito di indipendenza » per cui si distinguono i popoli liberi, abituati a respirare aria di legalità e a vedere, in questa uguaglianza di tutti i cittadini, umili o potenti, dinanzi alla legge, la riprova pratica della loro uguale dignità morale.

Ma per trovare un quadro tipico della desolazione morale prodotta nelle coscienze dall'incertezza del diritto, non c'è bisogno di risalire al caotico disordine della giurisdizione anteriore alle codificazioni, quale si trova descritto dal BECCARIA e dal MURATORI.

Esperienza assai più vasta e più istruttiva è stata quella che noi stessi abbiamo vissuto in questa Europa senza pace: dove abbiamo sentito crescere e incombere sempre più per un ventennio, e alla fine in questi ultimi mesi arrivare anche in Italia al suo parossismo tragico, l'angoscia di dover vivere in un mondo in cui la sorte del tuo focolare, della tua dignità, della tua vita non era più affidata alle leggi, ma agli istinti criminali del primo malvivente che andasse in giro portando sul berretto un'insegna d'autorità: sicchè ogni mattina svegliandoti nel tuo letto dovevi con meraviglia ringraziare Iddio che anche quella notte fosse passata così, senza la visita delle squadre sguinzagliate a far razzia di cittadini innocenti.

10. — *Irretroattività della legge: la certezza del diritto nel campo penale.*

La esigenza della certezza del diritto, e quindi della legalità, è stata sentita praticamente, prima che in ogni altro campo del diritto, in quello del diritto penale. « Ogni cittadino — ha detto il BECCARIA — deve sapere quando sia reo o quando sia innocente »: per potersi astenere dal commettere azioni delittuose bisogna che il cittadino conosca in anticipo quali sono le azioni che il diritto vieta come delittuose. Per questo il sistema della legalità assume un particolare valore pratico nel diritto penale, in cui esso si esprime nei famosi principî « *nullum crimen sine lege* », « *nulla poena sine lege* »: « Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come

reato dalla legge, nè con pene che non siano da essa stabilite » (art. 1 cod. penale).

Speciale importanza pratica assume nel campo del diritto penale l'altro principio, che è anch'esso fondamentale nel sistema della legalità, della *irretroattività della legge* (art. 11 disp. gen.: « La legge non dispone che per l'avvenire; essa non ha effetto retroattivo ») che è riaffermato con particolare energia nell'art. 2 del cod. penale.

Il principio della certezza del diritto, il quale esige che il cittadino per agire praticamente possa sapere quali azioni sono lecite *in quel momento* ossia quale è *in quel momento* il limite della sua libertà entro il quale egli può muoversi senza violare la legge, sarebbe distrutto se le leggi potessero incriminare in un momento successivo e punire retroattivamente come delitto attività che al tempo in cui furono compiute erano lecite ed innocenti e come tali furono innocentemente compiute.

Nel campo del diritto penale, dunque, la legalità comprende una doppia esigenza, che già apparve messa in evidenza nell'art. 8 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* « ...Nessuno può essere punito se non in forza di una legge stabilita e promulgata anteriormente al delitto... ». Non basta, perchè la legalità sia soddisfatta, che solo dalla legge siano determinate le azioni punite come delittuose (e sotto questo aspetto la legalità è distrutta in quei sistemi che permettono al giudice di considerar reati, caso per caso, attività non previste come tali dalla legge); ma occorre altresì che la legge, nel considerare reati certe categorie di azioni, abbia riguardo soltanto, in astratto, alle azioni che potranno esser compiute *nell'avvenire,* non a quelle già in concreto avvenute (e sotto questo secondo aspetto la legalità è distrutta in quei regimi in cui, sia pur attraverso leggi generali, si vengono a punire attività già compiute che, secondo le leggi vigenti al momento in cui furono compiute, non erano reati).

CAPITOLO III

CRITICHE AL SISTEMA DELLA LEGALITA'

11. — *La « irrealtà » delle leggi.*

Quel movimento scientifico, sorto in Germania più di mezzo secolo fa, che fu detto del « diritto libero » perchè mirava ad attribuire al giudice il potere di creare liberamente il diritto per il caso singolo, parve, dopo un breve periodo di clamorosa notorietà e di polemiche, esaurito e dimenticato; ma in questi ultimi decenni tendenze filosofiche antirazionalistiche e tendenze politiche antiliberali (poichè ragione e libertà camminano accanto e insieme sono combattute) hanno risuscitato i motivi polemici di quel movimento, per riprendere in proporzioni molto più vaste l'attacco contro la legalità, considerata non soltanto nei suoi meccanismi politici contingenti, ma proprio nel concetto stesso di legge che è la premessa di tutto il sistema.

La lotta contro la legalità è stata condotta da più direzioni, partendo da svariate premesse teoriche e da diversi moventi sentimentali.

Le correnti di questa polemica si possono ridurre, schematicamente, alle tre seguenti:

a) Una prima tendenza, partendo da quanto è stato osservato in sede filosofica sulla cosiddetta « irrealtà » delle leggi e sulla identificazione dell'attività giuridica colla attività politica, vorrebbe da tali premesse, che possono essere esatte in quella sede, arrivare nel campo pratico alla abolizione delle leggi e, con esse, di ogni distinzione di funzioni e di organi tra giustizia e politica, tra giuristi e politicanti. Secondo i filosofi la creduta efficacia imperativa delle leggi non è in realtà che un'illusione: le leggi, con quel loro comandare in generale ed in ipotesi, non valgono in se stesse come volontà di azione, e non possono tradursi in realtà se non attraverso l'attività indivduale di chi voglia concretamente operare in conformità di esse. In realtà (osservano essi) il diritto non è creato in anticipo dalla legge, ma soltanto volta per volta dalla volontà dell'individuo, che è libero di agire come meglio crede, secondo la legge ovvero anche contro di essa, se spera di sfuggi-

re al castigo che questa minaccia ai trasgressori o se preferisce sfidarlo piuttosto che piegarsi a obbedire: sicchè il diritto non esiste come volontà astratta del legislatore, ma solo come volontà individuale del cittadino che, nel concreto operare, lo osserva, ovvero del giudice che concretamente provvede a reintegrarlo contro chi lo ha violato. Giustissime osservazioni, in sede filosofica; ma che non possono bastare a distruggere in sede pratica la benefica utilità delle leggi. Qui si tratta infatti soltanto di stabilire se la esistenza nella società di questi comandi astratti e generali che si chiamano leggi serva o non serva a far sì che la condotta dei singoli consociati si conformi volontariamente al modello prefisso dal legislatore; e se si vedrà (come l'esperienza dimostra) che la esistenza di queste basta nella massima parte dei casi a far sì che gli uomini si inducano a comportarsi nelle relazioni sociali secondo gli schemi da queste suggeriti, si dovrà concludere che, anche se le leggi a chi le considera filosoficamente appaiano « irreali », l'ordine sociale e la libertà individuale sono in realtà meglio garantiti là dove esistono leggi piuttosto che là dove non esistono; e che, quando anche in sede filosofica tutto il diritto si debba ridurre a creazione individuale, è certo che in sede pratica questa creazione individuale non si può svolgere ordinatamente se non sulla falsariga delle leggi.

E del pari non è legittimo il tentativo di trasferire in sede pratica l'identificazione fatta in sede filosofica tra giustizia e politica: infatti, anche quando si voglia ammettere che l'attività del giudice, e in generale quella del giurista, abbia scopi non meramente conoscitivi e teoretici, ma essenzialmente pratici, sicchè possa esser qualificata come attività *lato sensu* politica, questo non basta ancora a dimostrare che sia socialmente utile confondere nella struttura organica dello Stato l'attività pratica di chi crea il diritto con quella ugualmente pratica di chi lo applica ai casi concreti; come dal riconoscere che sotto l'aspetto filosofico sono attività ugualmente pratiche e non teoretiche quella del calzolaio e quella del fabbro, non deriva davvero che sia economicamente utile unificare questi due mestieri in una sola officina.

Giova qui avvertire per incidente che non è argomento a favore del diritto libero l'osservazione comunemente ripetuta che gran parte del diritto si forma e vive in concreto in negozi individuali o collettivi (contratti, lodi, concordati di lavoro, ecc.), la cui efficacia obbligatoria è liberamente determinata caso per caso, senza alcuna ingerenza dello Stato, dalla stessa volontà dei privati contraenti. Questa « autonomia contrattuale » (cfr. art. 1322 Cod. civ.) che lo Stato riconosce ai cittadini in larghe zone del diritto privato, non è in contrasto col sistema della legalità: perchè anche quando, nell'ambito di questa autonomia, è rimesso alla volontà dei privati il regolamento concreto di certi loro rapporti, l'efficacia giuridica di esso non è che un riflesso

della legge, la quale in anticipo ha stabilito i limiti entro i quali questo potere dispositivo può esser validamente esercitato. Il contratto non sarebbe in sè produttivo di diritto, se non vi fosse un articolo del Codice civile a stabilir che il contratto « ha forza di legge tra le parti » (art. 1372), e se in altri articoli non fossero precisati i requisiti che il contratto deve avere per produrre effetti giuridici conformi alla volontà delle parti.

Ben venga, come reazione al folle « intervenzionismo » con cui lo Stato ha preteso di penetrare colla sua brutale disciplina caporalesca nei più segreti rifugi della libertà individuale e familiare, la auspicata « slegificazione » del diritto privato: che vorrebbe dire riduzione del diritto a poche leggi essenziali, e corrispondente ampliamento del campo lasciato dalle leggi alla libera disposizione dei privati.

Ma questo non vorrebbe dire abolizione della legalità e trionfo del diritto libero; perchè l'assegnare ai privati una sfera di autonomia giuridica entro la quale lo Stato si impegna in anticipo a riconoscere come sovrana la loro volontà, questo non solo non è in contrasto col sistema della legalità, ma è anzi proprio il meccanismo con cui le leggi riescono a garantire, limitandola, la libertà individuale. E se i limiti di questa autonomia saranno più larghi, vi sarà con ciò maggior libertà, ma non verrà meno per questo, lungo questi confini allargati, la guardia della legalità.

12. — *La « iniquità » delle leggi.*

b) Un'altra corrente polemica contro la legalità muove, più che da considerazioni filosofiche sulla natura delle leggi, da generosi impulsi sentimentali e morali: quando si vede a quali conseguenze inique e moralmente repugnanti porti in certi casi giudiziarî particolarmente pietosi la logica applicazione della legge (*summum ius summa iniuria*) siamo naturalmente inclinati ad imputare queste sporadiche iniquità a un difetto generale del sistema della legalità, che per la sua rigida astrattezza si dimostra incapace di aderire alle specifiche esigenze concrete, uniche ed irriproducibili, del caso umano sottoposto a giudizio; sicchè, per reazione contro questa meccanica inflessibilità delle leggi, può venir fatto di vagheggiare come ideale di umana giustizia un sistema in cui ogni caso possa trovare nella adattabile comprensione del giudice, fuori dalla spietata costrizione delle leggi, una sua soluzione di equità, in cui tutte le circostanze speciali siano considerate e valutate.

Ma basta un po' di riflessione per far intendere la inattuabilità pratica di questa generosa utopia. Giustizia vuol dire essenzialmente proporzione: ma proporzione non si può avere se non c'è un termine

di raffronto che serva a stabilire il rapporto. Il giudice, per trovare la decisione giusta, bisognerà che possieda in ogni caso un criterio invariabile di misura, un punto fisso di riferimento, sul quale poter volta per volta commisurare le circostanze concrete che attendono il suo giudizio. Ma, abolite le leggi, quali altri criterî fissi troverà il giudice nella sua coscienza? Vi troverà (si dice) la sua morale, il sentimento innato della giustizia, la consapevolezza delle necessità storiche del suo tempo e del suo popolo; il « diritto naturale », insomma. Ma si potrà dire sul serio che questo « diritto naturale » abbia quel grado minimo di precisione e di determinatezza che gli sarebbe indispensabile per poter servire da esauriente criterio di decisione nelle infinite particolarità dei casi umani? Il sentimento di giustizia, quando sia lasciato solo senza l'appoggio delle leggi uguali per tutti, varia da uomo a uomo, da giudice a giudice: anche ammesso che esso si mantenga stabile e costante nella coscienza dello stesso giudice, bisognerebbe, per poter commisurare gli innumerevoli casi controversi allo stesso invariabile criterio di proporzione, che a conoscer di tutti fosse chiamato nello Stato un solo giudice (come, nel sistema della legalità, il legislatore è uno per tutti); ma se i giudici, com'è praticamente inevitabile, saranno più d'uno, ciascuno dovrà necessariamente, in mancanza di leggi, prendere come unità di misura la propria coscienza, cioè il proprio sentimento soggettivo della giustizia: e così, venendo a mancare il termine di raffronto unico per tutti i casi, sparirà la possibilità di una giustizia uguale (cioè ugualmente proporzionata) per tutti, e si avranno in pratica tante giustizie quanti saranno i giudici.

L'esperienza dei primissimi anni della rivoluzione russa è stata in proposito molto istruttiva: abolite in blocco le leggi penali del regime czarista, la repressione dei reati fu affidata, mentre si rielaborava la nuova legislazione comunista, alla « coscienza proletaria » dei tribunali del popolo costituiti nelle diverse regioni: e si vide allora che reati assolutamente identici erano giudicati in maniera diversissima, nelle varie sedi, secondo la diversa composizione sociale delle popolazioni da cui erano tratti i giudici: il furto di un sacco di patate, punito colla morte dal tribunale di una regione agricola composta in prevalenza di contadini, lasciava indifferenti i giudici di una regione dove prevalevano i commercianti, che si contentavano di punirlo con una tenue multa.

Si consideri poi che, anche se giudice potesse per assurda ipotesi rimanere in tutti i possibili casi la stessa persona fisica, in modo che i criterî del giudicare fossero sempre attinti alla stessa coscienza individuale, il sentimento di giustizia che vive nei cuori umani non è niente più che una tendenza morale di carattere vago e generico, che potrà dare una direttiva quando nella controversia da giudicare siano in

giuoco elementari affetti umani, ma che non ha niente da suggerire quando si tratti di dettare complicate risoluzioni di carattere tecnico in cui la morale ed i sentimenti non hanno nulla da suggerire. Chi crede che abolendo le leggi, possa in lor vece bastare a risolvere tutte le controversie il « diritto naturale » che vive nella coscienza dei giudici, dimentica che gran parte delle disposizioni legislative servono a prescrivere per il compimento di certi atti modalità pratiche moralmente indifferenti, che il giudice, se non le trovasse nelle leggi, non troverebbe certamente scritte nella propria coscienza: quando si tratta di sapere come si fa a iscrivere un'ipoteca, o quali sono i termini della prescrizione, se la risposta non si trova in un apposito articolo del codice non si può certo andarla a chiedere al « diritto naturale »! In realtà, anche se il diritto prima di affiorar nelle leggi, vive come vaga aspirazione di giustizia nelle coscienze individuali, è certo che esso per poter esercitare nella società la sua funzione di disciplina, ha bisogno di trasformarsi, da grezza intuizione irrazionale, in formula precisa e ragionata. Ma per far questo non basta una sola coscienza individuale chiamata a decidere un caso isolato: occorre un lungo lavorio di riflessione e di chiarificazione, in cui siano pesate le esigenze di tutti i casi possibili e tratta in luce, dal raffronto delle tendenze individuali, la volontà collettiva: quello che avviene, insomma, nelle procedure legislative, attraverso le quali il sentimento di giustizia dei cittadini prende coscienza di sè e si « razionalizza » in leggi.

Nè vale obiettare che nella vita sociale non si presenta mai una situazione individuale che sia del tutto simile ad un'altra, e che quindi la pretesa che ha la legge di trattare casi simili in modo eguale non è che una pericolosa illusione, perchè non esistendo in natura casi perfettamente simili, la pretesa uguaglianza della legge si riduce in realtà all'ingiusta imposizione di un'ugual disciplina a casi differenti. Anche qui, non bisogna dimenticare la funzione sociale del diritto: se esso deve servire praticamente a dare ai singoli una regola certa per sapere qual è la estensione della loro libertà e quali sono le azioni che possono compiere senza oltrepassare i limiti, è indispensabile che queste azioni siano classificate in anticipo, mediante la scelta e la determinazione dei caratteri che serviranno a farle considerare come simili o come dissimili, cioè come appartenenti o no alla stessa classe. Questa determinazione dei criterî di classificazione si compie per un processo logico di astrazione, che in ogni rapporto individuale isola soltanto alcuni elementi o circostanze socialmente tipici (quelli che i giuristi chiamano « fatti giuridici » o « estremi della fattispecie »: *essentialia negotii*) e deliberatamente trascura tutti gli altri: e in questo modo si arriva a classificar come omogenei, cioè come forniti degli stessi caratteri considerati tipici, rapporti che apparirebbero invece, a chi

volesse tener conto degli altri caratteri non presi in considerazione, in realtà diversissimi. Come in ogni procedimento di astrazione, vi è in questa riduzione dei casi umani a un numero limitato di tipi giuridici, qualcosa di arbitrario e di convenzionale: la scelta cioè di un « punto di vista », dal quale si possono scoprire soltanto certe apparenze della realtà. Ma solo in questo modo il diritto può adempiere la sua funzione di regolare le azioni umane in quei loro aspetti che hanno più rilevanza per l'interesse sociale, e di dare alle relazioni interindividuali quella anticipata certezza che non sarebbe mai conseguibile se ogni caso si considerasse come unico ed isolato. In quella norma del nostro Codice civile che per tutte le persone fisiche fissa indistintamente al compimento del ventunesimo anno l'acquisto della capacità d'agire (art. 2) l'astrazione generalizzatrice del legislatore ha preso il posto della specifica indagine su ciascun caso singolo, la quale dimostrerebbe che l'età nella quale l'uomo acquista naturalmente la piena capacità psichica di provvedere con discernimento ai proprî interessi non coincide colla scadenza fissata dalla legge e varia notevolmente da individuo a individuo; ma è evidente che questo sistema, in cui basta la fede di nascita a far sapere con assoluta certezza in qual giorno una persona diventa pienamente capace di agire nel commercio giuridico, dà a chi deve trattare con essa molto maggior tranquillità di quella che darebbe il sistema del diritto libero, in cui fosse rilasciato al giudice di misurare caso per caso, senza fermarsi all'età, la capacità naturale del contraente per stabilir se al momento del contratto esso avesse la piena capacità di obbligarsi!

Recentemente un grande giurista italiano, il Carnelutti, discutendo sul problema della certezza del diritto, obiettava che il sistema della legalità suppone la infallibilità del legislatore: e che, siccome questa supposizione è spesso contraddetta dalla realtà, nella quale avviene che al momento della applicazione la iniquità di certe leggi si riveli in tutta la sua crudezza, così la certezza del diritto si risolve assai volte in un sacrificio della giustizia, la cui gravità fa dubitare se il prezzo di tale certezza non sia troppo superiore ai suoi vantaggi. Ma anche qui l'obiezione non sembra decisiva: il sistema della legalità, lungi dal fondarsi sull'infallibilità del legislatore, offre negli stessi organi legislativi il meccanismo sempre pronto a corregger con altre leggi le leggi che più non rispondano alle mutate condizioni sociali: la legalità non è un sistema rigidamente statico, ma un organismo vivo cui la libertà elabora incessantemente, in un continuo processo di educazione e di revisione delle posizioni raggiunte, il suo diritto. Ma questa revisione dev'esser fatta da quegli stessi organi che possono spassionatamente scorger dall'alto il panorama degli interessi generali, e non dal giudice, la cui visione, necessariamente ristretta al caso sin-

golo, è sempre angusta e spesso deformata dalla vicinanza del particolare. Quando pur fosse vero che la generale certezza del diritto non si può ottenere se non a costo di qualche singolare iniquità, questo prezzo sarebbe sempre bene speso per conseguire un vantaggio così grande com'è quello della sicura libertà; ma in realtà anche il pericolo di queste iniquità di specie è assai minore di quanto può esser fatto apparire per artificio polemico: poichè anche nel sistema della legalità il giudice, come già si disse, ha sempre un certo potere di adattamento delle leggi, nel margine del quale può sempre trovare il modo per temperare con spirito di umana comprensione le più dure asprezze del legislatore.

In realtà questa corrente polemica che addita nella iniquità delle leggi il principale motivo per combattere il sistema della legalità è alimentata, più o meno consapevolmente, da motivi politici di dissenso e di riprovazione contro il contenuto delle leggi vigenti. Quando si vive, come noi abbiamo vissuto per vent'anni, nell'atmosfera avvelenata di un regime di dittatura, in cui cadono ogni giorno addosso ai sudditi attoniti leggi in contrasto con ogni tradizione di civiltà, di fronte alle quali naturalmente si ribella il senso di dignità e di umanità di ogni galantuomo (consideriamo, per esempio, le leggi « razziali »), anche il giurista, il cui compito proprio è quello di servire le leggi, interpretandole come sono e non come si vorrebbero, sente a maneggiar queste leggi oppressive lo schifo del contatto immondo e prende in odio per colpa di esse la stessa scienza giuridica, come se le leggi si dovessero sempre considerare una mortificazione della giustizia e il principio di legalità lo strumento proprio dell'oppressione, a confronto del quale il diritto libero rappresenti l'espressione più genuina della libertà.

Ma poi, ragionando, il giurista torna con rinata fede al suo lavoro: se è vero che alcune di queste leggi in particolare sono abominevoli, non si può su di esse giudicare in generale il valore umano e sociale della legalità: il significato della quale si può intendere a pieno solo quando si consideri quale è attuata nei regimi animati dal soffio vivificatore della libertà; mentre le leggi della tirannia non sono che forma senza anima.

13. — *Le tendenze autoritarie a favore del diritto libero.*

c) La miglior conferma di questa verità — che, cioè, tra il sistema della legalità e quello del diritto libero, il primo e non il secondo è, nonostante l'ingannevole suono delle parole, espressione e garanzia di libertà — si può trovare in questo dato di esperienza storica: che le più fiere opposizioni contro la legalità sono partite in questi ultimi

decenni dai fautori dei regimi dittatoriali, i quali non hanno celato le loro simpatie per il diritto libero, considerato come arrendevole strumento, assai più docile della legalità, della onnipotenza dello Stato « totalitario »: sicchè è potuto sembrare che questa stessa espressione di « diritto libero » fosse stata trovata apposta per indicare ironicamente il sistema giuridico di quei regimi in cui non esiste nè diritto nè libertà.

Mentre nel campo della filosofia l'attualismo e il pragmatismo, considerando la legalità come forma superata del razionalismo illuministico, tornavano a concepire il diritto non più come garanzia della libertà individuale, ma come autorità, come forza, come fatto compiuto che solo perchè tale si trasforma in diritto, nel campo delle dottrine politiche non solo perdevano credito tutti quei sistemi di governo che potevano comunque trovar radice in quelli che furono detti per irrisione i « sacri principî dell'ottantanove », ma si rimettevano in discussione tutte le premesse dogmatiche su cui era stata costruita, dai giuristi del sec. XIX, la teoria dello « Stato di diritto »: la separazione dei poteri, la autolimitazione giuridica dello Stato, l'assoggettamento della pubblica amministrazione alle leggi, la possibilità di diritti soggettivi pubblici del cittadino verso lo Stato, e perfino la stessa figura classica del diritto soggettivo privato.

Queste tendenze antilegalitarie hanno avuto largo sviluppo scientifico, procedente di pari passo colla loro attuazione pratica, specialmente in Germania: dove ogni concezione che comunque riconnettesse il diritto alla libertà o all'interesse individuale è stata spazzata via, sostituita da una concezione apparentemente collettivistica secondo la quale diritto è tutto ciò che corrisponde all'interesse della comunità del popolo (del popolo tedesco, si intende!). Ma poi, a stabilire quale sia in concreto questo interesse popolare, nel cui gorgo ogni rispetto della libertà individuale resta sommerso, non è chiamato il popolo interessato, ma solo il *Führer,* costituitosi *motu proprio* come unico fabbricante ed interprete di questo diritto cosiddetto popolare, che in realtà corrisponde soltanto al suo sfrenato arbitrio e all'interesse partigiano della fazione che con lui è riuscita colla violenza a impadronirsi del potere. Basta togliere qualche etichetta, per riconoscere sotto questo sedicente socialismo nazionale un rifacimento, anzi un peggioramento dell'autocrazia di diritto divino, in cui la legittimazione dell'autorità non viene dal basso, cioè dal popolo la cui funzione non è che quella di obbedire, ma dall'alto, cioè dal genio della razza che ispira e rende infallibile la feroce tirannia del despota veggente, e per riflesso quella dei suoi fedeli. Si parla di diritto popolare, ma in realtà si torna alla concezione del principe « *legibus solutus* » che trasforma in diritto, come Mida in oro, tutto quello che tocca: anche il sangue.

« Giove ha Cesare in cura. Ei dal delitto
Svolge il diritto e dal misfatto il fato ».

Da questa concezione autocratica e quasi teocratica e mistica del diritto al sistema del diritto libero il passo non è lungo. Il diritto soggettivo pubblico, che presuppone un assoggettamento dell'autorità alla legge, diventa un concetto eretico in un regime in cui è delitto di lesa maestà il solo immaginare che l'onnipotenza del *Führer* possa non essere sconfinata: ma la stessa nozione di diritto soggettivo privato appare quasi sovversiva, perchè porta con sè l'idea di una sfera giuridica in cui la volontà del singolo sia padrona di sè e libera dall'ingerenza dello Stato; e la dottrina inchinevole si affretta a scendere in lizza contro questi residui di una dogmatica superata, al motto fatidico di « *Kampf wider das subiektive Recht* »! In un ordinamento politico di questa fatta, estranee e sospette appaiono anche le parole di legge e di legalità: se legge significa formulazione preventiva delle sanzioni giuridiche che lo Stato s'impegna di attribuire al possibile verificarsi di un fatto, non c'è bisogno di leggi in un regime dove il *Führer* sa da sè, senza limitarsi ed impegnarsi in anticipo, qual è la soluzione che caso per caso corrisponde in maniera sicura all'interesse del popolo. Tutte le volte che, al momento di decidere su un caso singolo, il *Führer* credesse di accorgersi che in quel caso l'applicazione della legge non gioverebbe all'interesse del popolo, la legge non sarebbe che un importuno intralcio; meglio è dunque farne a meno e lasciar che il genio della razza détti volta per volta la soluzione intuitiva che le circostanze richiedono.

Le conseguenze pratiche di queste premesse sono ovvie: ogni distinzione tra giustizia e politica deve scomparire; i giudici sono posti in condizione di dipendenza non diversa da quella dei funzionari amministrativi, vincolati al par di essi dalla subordinazione gerarchica; e quando giudicano, anche se vi son leggi che li porterebbero a decidere in un certo modo, hanno il dovere di attenersi alle istruzioni del *Führer* che ordinano di decidere in modo diverso. Questo anche in penale, anzi soprattutto in penale: dove ai giudici è riconosciuto il potere di condannare per un delitto che leggi non prevedono come tale, quando l'interesse del popolo (cioè la volontà del *Führer*) lo richieda.

Questo è il « diritto libero » che negli ultimi anni è stato riesumato dalla dottrina tedesca e in parte attuato negli ordinamenti positivi del *Reich*; questi gli argomenti che sono stati portati contro le leggi. Ed anche in Italia, dove pure il sistema della legalità non è mai stato ufficialmente condannato, non è mancato qualche filosofo zelatore dell'autoritarismo a denunciar come nemico del regime il legalitarismo dei giuristi, ed a sostener che giustizia e politica sono la stessa

cosa e che nello Stato totalitario il diritto si deve ridurre a non essere altro che la infallibile volontà di un « duce »: tanto per non smentire le regola secondo la quale non esiste regime di servitù per quanto feroce in cui non si trovi il cortigiano servizievole pronto a giurare e spergiurare, per farsi un titolo presso il suo signore, che vi è ancora in giro troppa libertà.

CAPITOLO IV

LA LEGALITA' IN SENSO SOSTANZIALE: LO STATO LEGALITARIO

14. — *La legalità nella formazione della legge.*

Della esigenza di legalità si è discorso finora tenendo di vista soltanto le relazioni che passano tra chi pone la legge e chi deve osservarla o farla osservare: in tutti i nostri ragionamenti è stata considerata come un postulato di fatto l'esistenza di un'autorità che esercita il potere di legiferare, del quale non si indagano nè la legittimità nè i limiti. A risolvere il problema della legalità concepito in questo modo ristretto è sembrato sufficiente che il legislatore adopri per esprimere i suoi comandi quella formulazione generale ed astratta di cui si son visti i vantaggi, e che il diritto del caso concreto non sia che una specifica applicazione di queste norme prestabilite; ma ogni indagine sul procedimento che il legislatore segue per arrivare a tale formulazione ci è sembrata estranea all'argomento. Se il diritto nasce colla legge, prima di essa non può esservi la legalità: prima di essa non vi è che il fatto pregiuridico, che sfugge alla disciplina precostituita della legalità e appartiene essenzialmente all'arbitrio contingente della politica.

Questa visione così ristretta del problema della legalità è, a ben guardare, quella stessa che ne ebbero in un primo tempo i pubblicisti italiani del sec. XVIII, tipico fra tutti il BECCARIA, il quale, mentre concentrava la sua attenzione su quell'aspetto del problema che concerne la fedele osservanza della legge da parte del giudice, pareva non accorgersi (ma forse erano i tempi che gli consigliavano di non insistere su quest'altro aspetto del problema) che la esigenza di legalità non può essere soddisfatta a pieno se si arresta dinanzi alla incontrollata onnipotenza del legislatore, e se non si spinge a tracciare limiti e procedimenti agli stessi poteri di questo, in modo da ottenere che anche la funzione legislativa si « legalizzi », ossia si svolga essa stessa secondo i dettami delle leggi precostituite. Ma, nella concezione

settecentesca del « principe illuminato », il legislatore appariva ancora *legibus solutus*: prima della legge non c'era che la ragione di stato, onnipotente e sottratta ad ogni controllo di legalità; e pareva che per temperare quella onnipotenza fosse sufficiente sperare che il principe prima di fare a modo suo le sue leggi, consentisse a lasciarsi « illuminare » dai filosofi (1).

Ora è facile intendere che l'onnipotenza del legislatore può essere il tarlo di tutto il sistema della legalità. La certezza del diritto che, come si è detto, è la causa principale del sistema della legalità, riposa sul presupposto che la legge, una volta posta in anticipo, sia applicata d'ora in avanti in tutti i casi concreti che rientrano nella sua previsione; ma dove c'è un potere di legiferare onnipotente e illimitato, questa onnipotenza potrà sbizzarrirsi non solo nel revocar con nuove leggi quelle precedenti, ma anche nel sospenderle retroattivamente per il singolo caso, abolendo implicitamente la distinzione tra legge astratta e comando concreto. Se il legislatore può tutto, potrà anche abolire il sistema della formulazione legale e tornare al diritto del caso singolo: così la legalità, intesa in quel senso ristretto in cui finora se n'è discorso, si trova, di fatto, alla mercè di chi esercita l'autorità; essa non ha in sè alcuna garanzia di certezza, perchè può mantenersi intatta solamente se il capriccio dell'autorità non preferisca intralciarla o sopprimerla.

Da questo sconfinato arbitrio del legislatore si trova messa in pericolo anche la consistenza pratica del diritto soggettivo: il quale, come si è visto, in tanto può avere un valore effettivo nelle relazioni tra consociati in quanto vi sia in chi lo esercita e reciprocamente in chi deve subirlo la sicurezza che la forza dell'autorità interverrà in caso di bisogno a dare manforte a chi ne è investito. Ma affinchè tale sicurezza vi sia, bisogna che vi sia da parte dell'autorità un preciso impegno preventivo a prestar la sua assistenza a chi si trovi in certe condizioni stabilite in anticipo in maniera generale ed astratta. Là dove tale impegno preventivo non possa esservi, in quanto l'intervento dell'autorità sia rimesso alla valutazione discrezionale e posticipata di ciascun singolo caso, neanche può esservi diritto soggettivo: il quale, se non potrà contare sicuramente su tale impegno, si ridurrà ad essere un

---

(1) Anche il MONTESQUIEU, che pur distingueva la monarchia dal despotismo (la prima in cui « *le prince y ait la souveraine puissance, mais qu'il l'exerce selon des lois établies* », e il secondo invece in cui « *un seul y gouverne selon ses volontés et ses caprices* ») non trova altra garanzia di stabilità delle leggi nella monarchia che il senso dell'onore e le « lumières » del sovrano (*Esprit des lois*, III, cap. II e X).

semplice interesse, un'aspettativa, una speranza, ma non sarà più un diritto. Ma come si potrebbe concepire un tale impegno, che vuol dire limite, in un ordinamento in cui il potere di comando dell'autorità fosse illimitato e onnipotente? E se la difesa della libertà del singolo contro gli attacchi altrui deve potersi appoggiare, per essere effettiva, alla forza pubblica dell'autorità, a chi potrebbe ricorrere il singolo contro gli attacchi provenienti dalla stessa onnipotente autorità che dovrebbe difenderlo? *Quis custodiet custodes?*

La risposta a queste domande che sembrano dibattersi in un insolubile giro vizioso, è stata data da quel meccanismo costituzionale uscito dalla elaborazione politico-giuridica del secolo XIX, che è il cosiddetto « Stato di diritto » (espressione entrata ormai nella nostra terminologia giuridica, come traduzione dal tedesco *Rechtsstaat*; ma meglio, per esprimer lo stesso concetto, si potrebbe parlare di « regime di legalità », di *Stato legalitario*): col quale si è cercato di approssimarsi, coll'aiuto di congegni sempre più raffinati e sempre meglio adeguati allo scopo, all'attuazione pratica di quella *coincidenza* tra *legalità* e *libertà* che si può considerare come l'ideale giuridico verso il quale tende da secoli il pensiero più genuino della civiltà europea.

Nello « Stato legalitario » non soltanto è attuata la separazione degli organi pubblici in quei tre grandi rami che corrispondono alle tre funzioni della sovranità (organi legislativi che creano il diritto, organi giudiziarî che lo fanno osservare concretamente *inter cives*, e organi amministrativi che nei modi e limiti stabiliti dal diritto perseguono i fini sociali dello Stato), ma sono limitati i poteri degli stessi organi legislativi col ripartirne l'esercizio in una pluralità di uffici cooperanti e col disciplinare il procedimento attraverso il quale dalla loro necessaria cooperazione può nascere la legge: in modo che saranno riconosciuti legalmente efficaci soltanto quei comandi che siano passati attraverso i filtri di questa procedura legislativa. Così non solo la tripartizione degli organi della sovranità costituisce tra loro un sistema di controlli scambievoli che tiene in equilibrio i poteri e impedisce gli eccessi; ma anche nell'interno degli organi legislativi questa separazione di competenze e questa disciplina di forme è garanzia di limiti della stessa funzione legislativa. La efficacia obbligatoria del diritto, che nello Stato assoluto vale per i sudditi ma non per il principe che lo detta, si impone, nello Stato di diritto, alla stessa autorità dalla quale la legge è formulata: la quale si impegna a rispettare le leggi da essa poste fino a che non siano state abrogate attraverso questa autolimitazione, che non è nominale e illusoria perchè è praticamente garantita dalla separazione dei poteri e dalla disciplina legale delle forme costituzionali, il cittadino sa di poter contare sulla stabilità delle leggi, e sulla tutela da esse promessa: la cui richiesta cessa di essere

la invocazione umile ed umiliante di un favore, e diventa l'espressione di un diritto soggettivo che il singolo fa valere nei confronti dello stesso Stato impegnato a prestar manforte a chi ha ragione. Si precisa in tal modo, via via che la legalità penetra in tutti i congegni dello Stato, la nozione, assolutamente inconcepibile in un regime di assolutismo, di *diritto soggettivo pubblico*: anche i rapporti tra il cittadino e l'autorità sono disciplinati, al par di quelli tra cittadini, dal diritto; anche nei confronti dello Stato il cittadino ha doveri, ma diritti altresì: diritti che si appoggiano sulla legge impersonale ed uguale per tutti e non sul variabile umore di un despota onnipotente. Solo per riflesso di questo legalizzarsi delle relazioni tra cittadino e Stato diventa piena ed effettiva la disciplina giuridica delle relazioni interindividuali tra cittadini; perchè il diritto soggettivo privato non può trovare in se stesso alcuna resistenza pratica se non sa di aver dietro di sè, come scorta armata, il diritto soggettivo pubblico, che gli dà, quando occorra, la certezza di poter ottenere a sua difesa l'appoggio dell'autorità.

Dei modi in cui storicamente si è svolta questa graduale e progressiva riduzione a legalità di tutti i rapporti che passano tra il cittadino e lo Stato non possiamo qui neanche tentare una sommaria rassegna; per gli scopi che si propone questo discorso, può esser sufficiente richiamar l'attenzione su due aspetti fondamentali del fenomeno.

15. — *Il principio democratico*: *partecipazione di tutti i cittadini alla formazione della legge.*

Un carattere fondamentale per il quale la legalità piena ed effettiva dello Stato legalitario si distingue da quella apparenza formale di legalità che sola può sussistere nello Stato assoluto, è il seguente: che mentre in questa legge appare come il comando di un'autorità estranea e superiore ai sudditi, che non chiede il loro consenso e dinanzi alla quale essi non possono far altro che obbedire e tacere, nello Stato di diritto la legge appare sempre più come una volontaria e consapevole creazione degli stessi cittadini che debbono osservarla: ciascuno dei quali trova nei congegni giuridici dello Stato la possibilità di concorrere colla sua propria volontà individuale a formare quella volontà collettiva che trova nella legge la sua espressione formale. E' questo il *principio democratico,* che vuol dire autogoverno del popolo: il quale, anzichè governato dalla volontà di un legislatore estraneo che sta al disopra di lui, diventa creatore delle proprie leggi, *legislatore di sè medesimo.* I sistemi tecnici attraverso i quali si attua negli ordinamenti positivi dei diversi Stati questa effettiva partecipazione dei cittadini alla formazione delle leggi sono svariatissimi: nè importa

qui classificarne, come fanno i costituzionalisti, i diversi tipi, perchè nei più diversi atteggiamenti delle forme costituzionali di questi ultimi due secoli è ugualmente riconoscibile il graduale affermarsi (sia pure attraverso momentanee soste o apparenti arretramenti) di una comune necessità storica che tende a trasformare il sistema della legalità da ordine *imposto* in ordine *voluto*.

Di fronte allo Stato assoluto che in tutte le sue incarnazioni mostra sempre una netta distinzione tra governanti e governati, cioè tra il piccolo gruppo dei privilegiati (sovrano o oligarchi) che fanno le leggi senza doverle osservare, e le grandi masse dei sudditi che debbono osservarle senza poterle discutere, il principio della « sovranità popolare » mira a far coincidere nella stessa totalità del popolo il dovere di prestare obbedienza alle leggi col potere di deliberarle. Verso questo ideale, nonostante le facili ironie, cammina faticosamente, per lenta evoluzione o per sbalzi rivoluzionarî, la civiltà: riservata un tempo al principe o alla ristretta cerchia dei suoi satelliti, la funzione del legiferare si allarga gradualmente a cerchie sempre più vaste di cittadini: e a questa sempre più generale partecipazione delle masse popolari alle deliberazioni legislative si accompagna necessariamente, in tutti coloro che vi partecipano, un approfondimento morale del senso della legalità, che, da servitù imposta, diventa responsabilità liberamente accettata.

Naturalmente, via via che alla elaborazione del proprio diritto partecipano in maniera sempre più vasta le moltitudini, questa loro partecipazione, per essere effettiva, bisogna che avvenga in maniera indiretta e mediata; invece di intervenire personalmente alla deliberazione delle leggi, sempre più larghe categorie di popolo scelgono le persone che, intervenendo nelle assemblee deliberanti, vi faranno valere le opinioni e gli interessi delle categorie che li hanno eletti a quell'ufficio. Non si vuol qui entrare a rifar la storia della rappresentanza politica, nè descriver le possibili tecniche dell'elettorato: qui ci basta rilevare che, attraverso le varie forme che può assumere negli ordinamenti positivi il sistema rappresentativo, la partecipazione dei cittadini alla vita politica non è, nel suo scopo ultimo, che una preparazione di leggi: anche la lotta dei partiti, che scendono in campo coi loro programmi di riforme, si traduce in una gara tra *programmi di leggi*, ognuno dei quali si sforza di aver la prevalenza sugli altri per diventare la legalità ufficiale. Ma di tutti i pensabili sistemi elettorali questo si può dire in generale: che solo quando attraverso i congegni della rappresentanza politica si possa arrivare a far sì che nella deliberazione delle leggi gli interessi del popolo possano far sentire la loro voce e portare nel resto il loro peso, solo allora si potrà dire che il principio della legalità sia attuato in pieno. Affinchè le leggi siano rispettate

— è MAZZINI che parla nei *Doveri dell'uomo* (V) — « è necessario « che *tutti* contribuiscano a farle. Le leggi fatte da una sola frazione « di cittadini non possono, per natura di cose e d'uomini, riflettere che « il pensiero, le aspirazioni, i desideri di quella frazione: rappresen- « tano, non la Patria, ma un terzo, un quarto, una classe, una zona « della Patria. La legge deve esprimere l'aspirazione generale, promuo- « vere l'utile di tutti, rispondere a un battito del core della Nazione. « La Nazione intera dev'essere, dunque, direttamente o indirettamente, « legislatrice. Cedendo a pochi uomini quella missione, voi sostituite « l'egoismo d'*una* classe alla Patria ch'è l'unione di *tutte* ».

Sempre meglio si delinea attraverso questa partecipazione di tutti i cittadini alla formazione delle leggi attuata nello Stato legalitario il vincolo di scambievole interdipendenza che collega tra loro le nozioni di legalità e di libertà, così strettamente da farle apparire come nozioni complementari, che non possono essere intese l'una disgiunta dall'altra. Se infatti, come si è detto fin da principio, la legalità è condizione di libertà, in quanto l'esercizio di questa può essere garantito solo nei limiti tracciati dalle leggi, la riuscita della legalità dipende a sua volta dalla libertà, perchè solo le leggi alla cui formazione i cittadini abbiano partecipato in regime di libertà politica possono iscriversi nell'interno delle loro coscienze come disciplina morale che si osserva per convinzione della sua necessità e non per timor del castigo comminato dall'esterno ai trasgressori.

Purtroppo abbiamo avuto assai tempo per esperimentare nei nostri stessi sentimenti che sapore abbia il giogo delle leggi create senza libertà e imposte col terrore: nemiche ed esasperanti al par di quelle dell'invasore straniero. Quando le leggi piombano addosso così, come comandi capricciosi di un potere tirannico imposto colla forza e intollerante di opposizioni, la coscienza morale di coloro che dovrebbero osservarle sente il dovere di ribellarsi ad esse, come si reagisce per incontenibile istinto alle soperchierie ed alle offese; e se, sotto la costrizione delle sanzioni, son forzati a prestare ad esse esterna osservanza, ogni possibilità di comprensione e di intima adesione alle ragioni sociali che possono averle suggerite, è inibita da questo disgusto quasi fisico con cui gli oppressi cercan di allontanare da sè i decreti dell'oppressore. Anche se queste leggi, giudicate da un critico spassionato, potrebbero per avventura apparire provvide e giuste, il solo fatto che siano imposte colla prepotenza le svaluta in anticipo e impedisce ai sudditi, diventati per forza settarî contro di esse, di prenderle sul serio e di rispettarle con convinzione. Collo stesso impegno con cui nei regimi liberi i cittadini onesti sentono come un dovere civico l'osservanza della legge che è anche opera loro, essi si industriano sotto la dittatura a cercar le vie tortuose per sottrarsi all'osservanza di quei

comandi estranei ed intensi, e per avvilire ed irridere in essi l'autorità di chi li ha dettati. L'illegalismo sistematico diventa uno sfogo clandestino e individuale dello spirito di ribellione contro la tirannide, una specie di « sabotaggio » politico delle leggi, col quale la libertà reagisce come può contro l'offesa che le è stata fatta. Violar le leggi diventa un vanto, aggirarle un gusto: anche di fronte alle prescrizioni più innocue e più sensate, il poter disobbedire in segreto a una legge del tiranno diventa, quando manca la libertà di criticarla in pubblico, un'amara consolazione della schiavitù.

Tutte le belle dissertazioni sullo « Stato etico », nel grembo del quale, a detta di certi filosofi, tutti i cittadini dovrebbero sentirsi immedesimati e riassorbiti, diventano spregevoli ciurmerie dove manca la libertà.

Per far sentire al singolo i legami di solidarietà con quella collettività organizzata di cui egli fa parte, non c'è che una strada: dargli la coscienza di poter concorrere, coll'esprimere apertamente la propria opinione e col farla valere nei modi concessi a tutti i cittadini, quella volontà collettiva che dà alle leggi nate sotto la libertà un accento e una autorità che le leggi del despotismo non hanno. I popoli che da più tempo vivono in regimi di libertà sono per eccellenza legalitari; perchè, attraverso l'esercizio della libertà politica si sono abituati a considerare le leggi come un patto liberamente stretto tra concittadini, e la violazione delle leggi come un tradimento della parola data. Anche coloro che nella deliberazione della legge sono rimasti in minoranza, si sentono impegnati ugualmente a rispettarla; perchè anche l'opposizione ha il suo ufficio nella dialettica dei partiti, ed anche le opinioni discordanti contribuiscono alla formazione di quell'equilibrio temporaneo che si raggiunge nella legge.

Già nel dialogo platonico (il *Critone*) aleggia indimenticabile, in parole di cui mai da allora altre furono scritte più alte, questo senso religioso della santità delle leggi *liberamente accettate*. Nel carcere, dove Socrate condannato a morte attende che il ritorno imminente della sacra nave da Delo segni il giorno della sua fine, s'introduce il fido Critone, per tentare di persuaderlo a sottrarsi coll'evasione alla condanna. Ma Socrate fermamente rifiuta, perchè la fuga sarebbe una violazione della sentenza e delle leggi della città che esigono il rispetto della cosa giudicata; e poichè il discepolo gli obietta che qui si tratta di una sentenza ingiusta, egli risponde che, se anche la sentenza è ingiusta e ingiuste le leggi che impongono di darle in ogni caso esecuzione, questa non è una ragione sufficiente per esonerare il cittadino dall'impegno, assunto coll'entrare a far parte della città, di osservare fedelmente la disciplina delle sue leggi.

Ma nel celebre ragionamento in cui sono introdotte a far la propria difesa le stesse leggi personificate, torna insistente l'idea che questo impegno del cittadino di rispettarle trova il suo correspettivo nella libertà che egli aveva non solo di uscir dalla città se i suoi ordinamenti non lo soddisfacevano, ma altresì di adoperarsi colla persuasione nelle pubbliche discussioni per farle correggere se errate. Così questo innalzarsi dell'obbligo giuridico a dovere morale ha la sua prima radice nella libertà; solo da quel senso di responsabilità civile che il godimento della libertà politica educa nelle coscienze può scaturire questa religione della legalità liberamente accettata, che dà all'innocente di fronte al patibolo la forza di far l'apologia della sentenza che lo condanna a morte.

16. — *La sovranità popolare.*

Dallo Stato dispotico, in cui la sovranità è tutta concentrata *nel principe* al disotto del quale il popolo non è che una massa di sudditi tenuti a obbedire alle leggi imposte da chi comanda, si passa così allo Stato democratico, in cui la sovranità, cioè il potere di legiferare e di governare, risiede *nel popolo*; l'onnipotenza legislativa, che nello Stato dispotico era lasciata interamente in mano al monarca il quale derivava questo suo potere non dal consenso del popolo, ma da una investitura ultraterrena (monarchie di diritto divino) e, nelle dittature di cui abbiamo avuto esperienza, dalla violenta autoimposizione di un « superuomo » che da sè si proclama come la sintesi concentrata in un solo capace cervello di tutte le cosiddette « virtù della stirpe », si trasferisce nella totalità del popolo, l'insieme del quale apparisce così investito, dalla somma e dalla fusione di tutte le volontà individuali consociate allo Stato, della cosiddetta « sovranità popolare ».

Quest'idea del popolo sovrano, di cui il massimo teorico fu il Rousseau nel suo *Contrat social*, parte da una premessa di carattere morale e filosofico, non di carattere giuridico: dalla premessa cioè che, prima della costituzione dello Stato, al quale attraverso il contratto sociale ogni cittadino volontariamente demanda la propria sovranità individuale, vi sia uno stato di natura, in cui tutti gli uomini vivano, fuori dello Stato, liberi ed uguali. Dal punto di vista storico questa concezione è certamente utopistica; ma dal punto di vista politico non si può dimenticare che le costituzioni uscite dalla rivoluzione francese, nelle quali il potere di governare e di legiferare fu tutto concentrato nelle assemblee popolari, ebbero proprio come necessaria premessa e come idea-forza che esercitò un grande influsso sull'ordinamento positivo, il riconoscimento della uguaglianza morale di tutti gli uomini, della uguale dignità e libertà di ciascuno di questi « contraenti »

che al momento della creazione dello Stato venivano posti l'uno di fronte all'altro, allo stesso livello, come partecipanti nella stessa misura, ognuno di essi contando per uno, alla instaurazione del nuovo ordine collettivo. Fu questa idea giusnaturalistica della libertà e della uguaglianza individuale, che portò alla idea della sovranità popolare: la quale fu concepita originariamente come conseguenza e come realizzazione politica nello Stato, della libertà naturale preesistente in ogni uomo.

L'idea democratica dunque nasce dall'idea liberale; è dalla libertà individuale che si prendon le mosse per arrivare all'idea della sovranità popolare.

Questa priorità della libertà individuale sulla sovranità del popolo resulta anche nelle formulazioni positive delle carte costituzionali. « Il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella Nazione », dice l'art. 3 della Dichiarazione dei diritti del 26 agosto 1789; « La legge è l'espressione libera e solenne della volontà generale », dice l'art. 4 della Dichiarazione 23 giugno 1793. Ma questi principî sono preceduti, anche nell'ordine della formulazione, da altri che ne costituiscono la necessaria premessa: « Gli uomini nascono e rimangono liberi ed uguali nei diritti » (art. 1, Dichiarazione 26 agosto 1789); « tutti gli uomini sono uguali per natura dinanzi alle leggi » (art. 3, Dichiarazione 23 giugno 1793).

17. — *L'idea liberale come limite e complemento dell'idea democratica: i « diritti di libertà ».*

Per intendere il sistema della legalità nel suo significato più pieno, bisogna ora intendere come l'idea della libertà individuale, dopo essere stata la premessa di ordine politico per addivenire alla costruzione dello Stato democratico, abbia poi a sua volta trovato in esso il suo proprio riconoscimento *giuridico*; sicchè la libertà naturale, da premessa pregiuridica, è diventata a sua volta un vero e proprio diritto, anzi una serie di diritti posti a garanzia delle libertà individuali (« diritti di libertà »).

Per intender la legalità nel suo significato sostanziale, bisogna infatti fermar l'attenzione su un altro fondamentale aspetto ch'esso, perfezionandosi, ha assunto nello Stato legalitario: quello che si potrebbe chiamare la *autolimitazione della legalità*, o anche la resistenza della libertà contro la onnipotenza delle leggi. Si è detto fino da principio che la legalità è limite della libertà, nel senso che questa non può sicuramente agire se non entro i confini fissati dalle leggi; ma reciprocamente si può dire, come meglio vedremo tra poco, che la libertà è limite della legalità, nel senso che nello Stato legalitario le leggi

non possono restringere l'ambito delle libertà individuali oltre certi limiti, invalicabili, che son considerati come quel minimo di libertà in mancanza del quale la stessa legalità, come per mancanza d'aria, non può più funzionare.

Già abbiamo visto come nello Stato assoluto, dove la legge non è altro che la espressione incontrollata della volontà del principe, nessuna garanzia sicura vi è per la libertà individuale, perchè la legge può porre ad essa limiti così ristretti che in pratica equivalgono alla sua soppressione e perchè la promessa contenuta nella legge di rispettarla almeno entro quei limiti può essere sempre revocata o tradita ad arbitrio del legislatore onnipotente. Per difendere la libertà contro i possibili arbitrî del legislatore un primo passo consiste, si è detto, nel far partecipare alla creazione delle leggi tutti i cittadini: in tal caso, se la legge sarà stata approvata dagli stessi che debbono osservarla, il limite posto da essa sarà sentito (almeno teoricamente) non come una imposizione eteronoma violentatrice della libertà, ma un prodotto della volontà di tutti coloro che hanno contribuito a creare la legge, e quindi come espressione della loro *autonomia* individuale.

Ma questa è una costruzione teorica; perchè nella realtà pratica, anche ammettendo che il sistema rappresentativo e maggioritario possa funzionare in modo così perfetto che la legge creata con questo metodo corrisponda veramente alla volontà della maggioranza dei cittadini, vi è sempre il pericolo che questa legge voluta dalla maggioranza rappresenti per la minoranza dei dissidenti la soppressione di ogni libertà. Questa possibilità, facilmente concepibile in una tirannia individuale o oligarchica, che necessariamente presuppone nei sudditi la mancanza di ogni libertà politica, si può presentare anche in un regime di legalità: dove non si può escludere che il potere, conquistato da una maggioranza coi mezzi legali propri di questo sistema, sia adoprato per mettere in vigore, sempre coll'osservanza delle dovute forme, leggi oppressive della minoranza, o addirittura leggi sovvertitrici dei principî stessi della legalità; si pensi, tanto per fare un esempio vicino a noi, alla possibilità di leggi regolarmente deliberate, che stabiliscano persecuzioni e schiavitù per i cittadini che professino una certa religione o appartengano a una certa « razza », o che addirittura aboliscano per l'avvenire il sistema rappresentativo e lo stesso sistema della formulazione legislativa del diritto, trasformando legalmente la legalità in regime di arbitrio e di dittatura.

Queste trasformazioni nella storia avvengono di solito in maniera rivoluzionaria, con una brusca rottura degli stessi meccanismi della legalità; e contro questi rivolgimenti di fatto è vano prestabilire studiate cautele giuridiche. Ma può avvenire anche che per arrivare alla abolizione della legalità appaia strumento sufficiente, senza bisogno di

ricorrere a violenti e dichiarati illegalismi, *la stessa legalità adoprata secondo le regole che le son proprie.* Ed ecco che qui si precisa il pericolo immanente, che è anche il fondamentale problema, della legalità: la possibilità cioè che la legalità si serva della sua propria onnipotenza per distruggere legalmente non solo la libertà che dovrebbe garantire, ma addirittura se stessa; come in certe malattie (sia consentita, in grazia dell'evidenza, la crudezza del paragone) può avvenire che lo stomaco si serva dei suoi succhi fisiologici proprî per digerire le sue stesse pareti.

Qual'è il rimedio pratico con cui nello Stato di diritto si è cercato di limitare con mezzi giuridici questa onnipotenza giuridica della legalità? La difficoltà di trovare una soluzione *giuridica* del problema sorge dal fatto che nel sistema della legalità il diritto è tutto e soltanto nelle leggi scritte (o per eccezione nelle fonti secondarie a cui abbiano fatto rinvio le stesse leggi: come, in certi casi, gli usi); sicchè non è possibile considerare qui come limite *giuridico* alla onnipotenza delle leggi il sentimento di giustizia che viva incoercibile nelle coscienze umane, o il cosiddetto « diritto naturale » o « razionale », perchè, in un ordinamento in cui per definizione non esiste altro diritto che quello positivo, il « diritto naturale », nonostante questa sua denominazione tradizionale, sta fuori dal campo del vero diritto e rientra tutto quanto in quello metagiuridico della morale. Si ha un bel dire, nel sistema della legalità, che una legge è contraria all'equità naturale, che urta contro i dettami della ragione e dell'umanità, che non corrisponde alla giustizia sociale: tutti questi giudizi, per quanto possano essere moralmente o politicamente fondatissimi, non hanno ingresso nel campo giuridico, perchè, fino a che la legge è legge, essa conserva esternamente quella efficacia cogente che è suo carattere tipico (e se bastasse, l'appello a ragioni morali o politiche per distruggere questa efficacia giuridica della legge, sarebbe distrutto in un punto il sistema della legalità, e con esso la certezza del diritto).

Per arrivare, dunque, a dare un limite pratico alla onnipotenza giuridica delle leggi bisogna far discendere questo « diritto naturale » dal campo filosofico nel campo più propriamente giuridico: bisogna che esso, da sentimento disarmato e sprovvisto di sanzione esterna diventi a sua volta legge positiva superiore alle leggi positive, limite pratico a quel potere che il legislatore ha di limitare praticamente la libertà dei sudditi. Questo appunto si volle fare colla famosa dichiarazione dei « diritti dell'uomo e del cittadino », che sulla fine del secolo XVIII fu, in America e in Francia, la premessa fondamentale della nuova legalità uscita dalle rivoluzioni.

Con questa proclamazione solenne la parola evangelica che riconosce la uguaglianza morale di tutti gli uomini e la esistenza naturale

in ciascuno di essi, senza differenza di religione, di razza o di casta, della stessa dignità umana, diventò un canone costituzionale del nuovo Stato: la uguaglianza morale di tutti gli uomini diventò la uguaglianza giuridica di tutti i cittadini. Ma questa proclamazione non rimase mera teoria: essa portò logicamente a riconoscere che ad ogni cittadino deve essere ugualmente aperta la possibilità pratica di soddisfare nella società le esigenze della sua vita spirituale e che a tal fine debbono in ciascuno essere rispettate certe elementari libertà (libertà personale, inviolabilità del domicilio, libertà di opinione, di culto, di associazione, di stampa, ecc.) che debbono esser considerate come limite minimo ed inviolabile della ugual dignità civile e politica di ogni persona. Anche il riconoscimento di queste libertà ebbe una portata giuridica (tantochè esse furono da allora concepite come « diritti di libertà »): esso volle infatti significare che lo Stato si impegnava a salvaguardarle in ogni cittadino non soltanto contro gli attentati dei concittadini, ma altresì (e in questo fu la grande novità da cui nacque lo Stato legalitario) *contro le sue stesse leggi.* Il rispetto della uguaglianza e della libertà di tutti i cittadini era affermato, proprio nel momento in cui gli organi legislativi erano investiti della funzione di legiferare, come un limite posto al loro stesso potere.

Così in questa proclamazione si trovano fusi, secondochè essa si considerasse sotto il profilo dell'interesse individuale o di quello collettivo, due diversi significati. Sotto il primo aspetto, si considerava la libertà morale della persona come un dato di natura, che lo Stato non poteva disconoscere: come un *prius* che doveva costituire per l'ordinamento giuridico basato su di esso un limite non valicabile. La onnipotenza dello Stato autocratico, nella quale l'individuo sparisce inghiottito senza scampo, era condannata e superata: lo Stato, creazione di uomini, non poteva disconoscere la essenza stessa dell'uomo che è la libertà. Il limite tra autorità e libertà era così segnato da questi « diritti di libertà », che apparivano come la proiezione nel campo giuridico di una realtà morale preesistente allo Stato.

Ma il riconoscimento di questa uguaglianza e delle connesse libertà aveva un significato profondo anche sotto l'aspetto dell'interesse collettivo: in quanto era la necessaria integrazione del principio della « sovranità popolare », che concepisce la legge come il prodotto della volontà di tutti i cittadini cooperanti alla sua formazione. Infatti, se ogni cittadino deve poter cooperare alla formazione delle leggi, bisogna che gli sia assicurata la libertà di servirsi dei mezzi pratici che sono indispensabili per rendere effettiva e proficua tale partecipazione: e così la libertà di professare pubblicamente le proprie opinioni, e di associarsi in partito con coloro che le professano uguali e di farne propaganda per mezzo della stampa sono altrettante condizioni che fa-

voriscono questa consapevole partecipazione del cittadino alla vita politica del suo popolo e che contribuiscono quindi ad elevarne il fervore ed il livello e, di conseguenza, a far meglio corrispondere le leggi alle correnti sociali che in esse si esprimono.

Sicchè, in conclusione, questi « diritti di libertà » rappresentarono, e rappresentano ancora in tutti gli ordinamenti che tuttora li rispettano, non solo il riconoscimento di questa insopprimibile realtà che è la coscienza individuale considerata in sè, fonte naturale di una autonomia morale che le leggi esterne non possono ignorare, ma altresì lo strumento insostituibile per raggiungere nell'interesse comune quella piena legalità che, come si disse, non si può conseguire se non attraverso la effettiva partecipazione di tutti i cittadini alla creazione del diritto.

La proclamazione di questi « diritti di libertà » entrò così a far parte integrante della costituzione dello Stato, cioè di quell'atto solenne con cui si creavano i limiti dell'autorità. Anche le leggi in cui tali diritti erano proclamati furono comprese tra le leggi *costituzionali*; considerate cioè come le « superleggi » che lo stesso legislatore non poteva abrogare, come non poteva varcare i limiti o distruggere i congegni della legalità da cui derivavano i suoi poteri.

18. — *Critica dei diritti di libertà*: a) *il totalitarismo.*

Tutti i meccanismi giuridici dello Stato legalitario realizzano dunque la combinazione di due idee: l'idea liberale (« diritti di libertà ») e l'idea democratica (« sovranità popolare »): queste idee sono reciprocamente complementari, ciascuna di esse condizionante e condizionata. Non può esservi libertà individuale dove non vi è democrazia, perchè la libertà individuale non può avere un pieno riconoscimento giuridico se non dove la legge sia sentita come espressione di *autonomia,* cioè di effettiva partecipazione di tutti i cittadini all'esercizio del potere legislativo, ma viceversa non può esservi democrazia se non dove è garantita la libertà individuale, perchè, se lo Stato democratico si ha là dove tutti i cittadini partecipano effettivamente alla creazione delle leggi, tale partecipazione non può essere effettiva se non dove al singolo sia garantito quel *minimum* di libertà civili e politiche che gli permettano di prender parte alla vita politica dello Stato, di affermare la propria personalità nella società, di portare insomma quel contributo individuale alla creazione della volontà generale e della generale civiltà che non sarebbe possibile là dove il cittadino non fosse libero di manifestare e di far valere nella vita sociale le sue opinioni e le sue iniziative, espressioni della sua *persona.*

I diritti di libertà infatti non si devono considerare come qualcosa di chiuso e di statico, una specie di gelosa recinzione posta a difesa degli egoismi individuali, tagliati fuori dalla vita collettiva e contrapposti agli interessi sociali; ma devono considerarsi invece come strumenti di vita politica fatti per stimolare nell'individuo il senso della responsabilità sociale e dell'interesse collettivo, come assicurazione ad ogni uomo di quel minimo di libertà che gli dà la possibilità di muoversi e di affermarsi nei rapporti sociali, e *di partecipare attivamente a quella vita politica della collettività nella quale consiste appunto la democrazia.* Senza libertà individuale non può esservi vita politica collettiva: le libertà individuali sono la spinta senza la quale la vita collettiva ristagna nell'indifferentismo e nell'oppressione.

Durante il secolo XIX e fino alla nostra esperienza attuale, l'importanza dei « diritti di libertà » è stata svalutata da opposte polemiche politiche: da correnti autoritarie e reazionarie da un lato e da correnti ultrademocratiche e sociali dall'altro.

a) Sotto il primo profilo, il valore giuridico dei « diritti di libertà » è negato da quelle dottrine che portano all'estreme conseguenze il principio secondo il quale tutto il diritto deriva dallo Stato: e arrivano, nei più estremisti sostenitori del nazionalsocialismo tedesco, a negare non solo i diritti di libertà verso lo Stato, ma addirittura la nozione stessa di diritto soggettivo individuale. Di questa dottrina abbiamo visto un'attuazione pratica nel *totalitarismo* fascista.

La teoria del totalitarismo è riassunta in una nota formula: « tutto nello Stato, niente al di fuori dello Stato, nulla contro lo Stato » (1); la quale, secondo la glossa autentica (2), significa nella sua faccia negativa che « nulla di umano e di spirituale esiste, e tanto meno ha valore, fuori dello Stato »; e nella sua faccia positiva che « lo Stato fascista, sintesi e unità di ogni valore, interpreta, sviluppa e potenzia tutta la vita del popolo ».

Sotto l'aspetto negativo è chiaro, e più chiaro diventa nel commento dell'autore, che cosa la formula voglia dire. Non solo si nega, ma addirittura si dichiara « non pensabile » (3), l'esistenza fuori dello Stato di una vita morale individuale: la libertà, la dignità spirituale, è, per il fascismo, un dono che la persona riceve dallo Stato; anzi la persona è tale solo in quanto lo Stato abbia soffiato in essa il creator suo spirito. Che nell'uomo esista per natura un pensiero che le leggi

---

(1) Discorso del 28 ottobre 1925, in *Scritti e discorsi*, V, pagg. 162-5.
(2) Voce « *Fascismo* », n. 7 [in *Enciclopedia italiana*, vol. XIV].
(3) V. « *Fascismo* » II, n. 10.

esterne non posson costringere, una volontà libera che non riconosce alcuna tirannia, una coscienza morale che vive sola padrona di sè in una quarta dimensione posta fuori dal tiro dello Stato che può colpire soltanto con armi a tre dimensioni, — tutto questo è, più che negato, ignorato dal fascismo: « nulla di umano o di spirituale esiste... fuori dello Stato »; è proprio scritto così. Anche la morale è una creazione dello Stato, è volontà dello Stato « etico »: cosicchè, in sostanza, morale e diritto si identificano, e non può neanche sorgere il problema del contrasto tra la legge giuridica e la giustizia morale, dato che quello che lo Stato pone come diritto è, per il solo fatto che chi lo pone è lo Stato, volontà morale: « lo Stato, come volontà etica universale, è creatore del diritto » (1). Tutto questo è assai chiaro; ma non è altrettanto originale. Si tratta infatti, semplicemente, di una brutale caricatura della deificazione hegeliana dello Stato, che tradotta in termini politici vuol dire un esasperato assolutismo in adorazione della propria onnipotenza: lo schiacciamento della libertà sotto la religione fanatica dell'autorità: «lo Stato è un assoluto, davanti al quale individui e gruppi sono il relativo » (2). E' una concezione non soltanto antiindividualistica e antiliberale, ma anche, essenzialmente, anticristiana. Se si ricercano nel campo pratico le conseguenze giuridiche di queste premesse filosofiche, si vede che esse significano niente altro che il ritorno ad un'autocrazia peggiore, poichè estesa anche al campo spirituale, di quelle rovesciate dalla rivoluzione francese. Aboliti quei « diritti di libertà » che lo Stato legalitario aveva posti a salvaguardia della persona umana come barriere non valicabili dalla stessa legalità, la legge torna ad esser in ogni campo onnipotente: e può anche, se così piace allo Stato, ristabilire la schiavitù. Dato che la personalità giuridica non si considera più come necessario riflesso di una preesistente personalità morale che lo Stato deve limitarsi a riconoscere, ma come creazione *ex novo* dello Stato che può a suo arbitrio rifiutarla e ritoglierla, niente si oppone a che, in cosiffatto regime, l'uomo sia legalmente retrocesso a cosa. Questo vuol dire dunque, sotto questo primo aspetto negativo, il totalitarismo: una specie di teocrazia senza Dio, in cui lo Stato si è assunto anche il potere di crear le anime.

Ma il totalitarismo, si è visto, non ha soltanto questa portata negativa, di annullamento dell'individuo nello Stato; nell'altra faccia, quella positiva, esso si presenta come esaltazione dei valori individuali, dei quali lo Stato fascista sarebbe « sintesi ed unità »: ogni individuo,

---

(1) V. « *Fascismo* », I, n. 10 in fine.
(2) Ivi, II, n. 10 all'inizio.

« in quanto esso coincide con lo Stato, coscienza e volontà universale dell'uomo nella sua coscienza storica » (1) trova nello Stato il suo potenziamento: fuori dello Stato è nulla, dentro lo Stato esso diventa tutto: e nel sottoporsi all'autorità dello Stato trova in questa soggezione « la sola libertà che possa essere una cosa seria », cioè la libertà « dell'individuo nello Stato » (2).

Messo di fronte a queste formule per lui misteriose, il giurista, che poco si intende di filosofia, cerca di tradurle in proposizioni che abbiano un senso pratico chiaramente intelligibile alla sua tecnica. Egli vede nello Stato uomini che comandano ed uomini che ubbidiscono, nel diritto regole formulate da uomini a cui altri uomini sono chiamati ad ubbidire; egli chiama libertà individuale quella zona di attività esterna, nei limiti della quale, stabiliti dalla legge, l'individuo può comportarsi come meglio crede senza essere soggetto ad alcuno; e vede nella soggezione il contrario della libertà. E il suo spirito semplificatore lo porta a ricercare i meccanismi pratici che si annidano sotto il fumo del linguaggio filosofico: come son repartite, nello Stato totalitario, le funzioni del comandare e dell'ubbidire? chi sono i governanti e chi i governati? quali persone concorrono effettivamente, colla loro volontà, a creare quei comandi che poi devono valere come volontà dello Stato, cioè a creare il diritto?

Si legge che il totalitarismo è la sintesi e la messa in valore della vita di tutto il popolo: guardiamo dunque attraverso quali sistemi pratici tutto il popolo concorre, nello Stato fascista, alla creazione del diritto.

Il fascismo respinge energicamente « l'assurda menzogna convenzionale dell'egualitarismo politico » (3). Esso « nega che il numero, per il semplice fatto di esser numero, possa dirigere la società umana, nega che questo numero possa governare attraverso una consultazione periodica; afferma la disuguaglianza irrimediabile e feconda e benefica degli uomini, che non si posson livellare attraverso un fatto meccanico ed estrinseco, com'è il suffragio universale... » (4). Lo Stato « ... non è numero, come somma d'individui formanti la maggioranza di un popolo. E perciò il fascismo è contro la democrazia che ragguaglia il popolo al maggior numero, abbassandolo al livello dei più; ma è la forma più schietta di democrazia, se il popolo è concepito, come

---

(1) V. « *Fascismo* », I, n. 7 all'inizio.
(2) *Ibidem.*
(3) V. « *Fascismo* », n. 7.
(4) V. « *Fascismo* », II, n. 6.

deve essere, qualitativamente e non quantitativamente, come l'idea più potente perchè più morale, più coerente, più vera, che nel popolo si attua quale coscienza e volontà di pochi, anzi di Uno, e quale ideale tende ad attuarsi nella coscienza e volontà di tutti » (1).

Si può innanzi tutto osservare che in questa polemica contro il sistema elettorale dei regimi liberali e democratici, si cerca a bella posta, con superficiale espediente giornalistico, di far confusione tra la uguaglianza di fatto e la uguaglianza giuridica. Lo Stato legalitario non è in alcun modo basato su l'assurda credenza, smentita dalla natura, che tutti gli uomini siano di fatto qualitativamente uguali, nè pretende che tutti i cittadini possano di fatto concorrere al governo in misura uguale, come unità aritmeticamente equivalenti; ma crede che per far affiorare le direttive politiche corrispondenti alle forze sociali più vive e per trovar gli uomini meglio adatti a governare in conformità di esse, non esista metodo più perfetto (o meno imperfetto) di quello che dà a tutti i cittadini in ugual misura la libertà giuridica di esprimer pubblicamente le proprie idee, di raggrupparsi secondo esse in partiti, e di concorrere col voto alla elezione di coloro che dovranno tradurle in leggi. Non dunque equivalenza di tutti i cittadini; ma libertà giuridica data ugualmente a ciascuno di immettere nella lotta politica le proprie qualità personali, in modo che, nelle idee e negli uomini, le qualità migliori possano affermarsi e prevalere. E' un sistema, dunque, che vede nella libertà il miglior filtro dei valori umani. Si potrà sostenere che questo sistema ha certi difetti, si potranno suggerire, se ci sono, sistemi migliori; ma non è lecito, se non si vuol cambiare le carte in tavola, far apparire come un sistema indirizzato a soffocare la qualità sotto la quantità livellatrice quello che è, viceversa, essenzialmente un metodo per allargare sulla totalità del popolo la ricerca e la educazione della qualità, per dare a tutte le idee e a tutti gli uomini che valgono, in qualunque ceto sociale, la possibilità di rivelarsi e di farsi valere.

Ma guardiamo qual'è, in contrapposto a questo che si afferma superato, il metodo di selezione delle idee e degli uomini proposto dal totalitarismo fascista.

Prima di tutto, abolizione dei partiti: un partito solo, che esclude ed annienta tutti gli altri e che pretende di coincidere, esso solo, collo Stato. « Un partito che governa totalitariamente una nazione è un fatto nuovo nella storia » sentenzia gravemente l'inventore della dottrina (2);

---

(1) V. « *Fascismo* », I, n. 9.
(2) V. « *Fascismo* », II, n. 9.

e in questo ha perfettamente ragione, perchè i partiti finora avevano avuto storicamente un senso, solo in quanto fossero più d'uno e in contrasto tra loro: cioè porzioni o frazioni della vita politica dello Stato, che rappresentava il tutto, di cui essi, anche etimologicamente, erano le « parti » contrapposte. Ma quando, com'è avvenuto col fascismo, i partiti si riducono ad uno, e quest'uno si dilata fino ad abbracciare in sè la totalità della vita politica (sicchè si è potuto parlare del fascismo come di un partito-Stato o di uno Stato-partito), allora l'idea stessa di partito dovrebbe dissolversi; e la stessa espressione di « partito totalitario » dovrebbe apparire come una contraddizione in termini, come quella di chi dicesse che l'intero è parte di sè medesimo. E in verità, durante questi vent'anni coloro che guardavano con superficiale buon senso l'evoluzione della vita pubblica italiana, non riuscivano a spiegarsi il fenomeno, indubbiamente nuovo nella storia, di questo partito che dopo aver sgominato tutti gli altri partiti ed esser rimasto padrone unico e incontrastato del campo, continuava tuttavia, pur governando lo Stato senza opposizioni, a stare in armi contro le opposizioni che non c'erano, come un duellante che dopo aver steso in terra l'avversario continuasse a rimanere in guardia, puntando la spada contro il vento; e i pacifici cittadini, nel veder questa gente vestita di nero che, dopo dieci o quindici anni dal trionfo, continuava ad aggirarsi per le piazze con aria truce e con tanto di pugnale alla cintola, si domandavano candidamente: — Ma con chi l'hanno? — Non capivano, questi loici pieni di ingenuità, che la sopravvivenza paradossale di questo partito totalitario colle sue gerarchie armate costituenti dal centro alla periferia un duplicato apparentemente inutile della burocrazia dello Stato, era uno strumento necessario della « rivoluzione continua », coltivato a bella posta per mantenere gli spiriti in stato di perpetua mobilitazione e per conservare al regime quel certo tono eccitante di illegalismo, che giustificava il continuar delle sopraffazioni e delle ruberie.

Prima conseguenza di questo tipico carattere del totalitarismo, che è la soppressione di tutti i partiti fuor che di quello al potere, è stata la esclusione dalla vita pubblica (e qui vita pubblica voleva dire molte volte vita professionale) di tutti i cittadini che non fossero iscritti al partito fascista. Abolita la libertà di stampa e di associazione, tolta a tutti la possibilità di manifestare in forma legale opinioni che dissentissero da quelle del partito dominante, la gran maggioranza dei cittadini fu condannata al *perpetuum silentium* ed all'ozio politico: esser fuori dal partito voleva dire, politicamente, esser fuori dello Stato. E questa fu, nonostante che potesse superficialmente apparire come una prova di forza, la fatale debolezza del fascismo: quella che doveva togliergli inesorabilmente ogni possibilità di avvenire. Mentre si pro-

clamava a parole espressione totalitaria di tutte le forze vive della nazione, metteva in bando la grandissima maggioranza dei cittadini, e così, col rinunciare a cercare in mezzo ad essi contributo di uomini e di idee, riduceva la vita politica dello Stato, da sintesi universale di tutto un popolo, a sfogo partigiano di una sola minoranza faziosa. A ben guardare, se per Stato totalitario si deve intendere quello che apre la strada alle qualità dei migliori, ricercandole e ridestandole in mezzo al popolo senza distinzione di tendenze o di ceti, questa denominazione si addice ai regimi liberali e democratici, assai meglio che a quello fascista; perchè solo in quelli, attraverso la dialettica dei partiti, non c'è voce che vada perduta, e la vita pubblica dello Stato riesce veramente, attraverso la libertà di opposizione che è anch'essa una forma di collaborazione, ad esser la sintesi di tutto un popolo. Anche nel campo spirituale, la libertà è ricchezza; dove c'è libertà non vi è frazione sia pur minima della nazione che sfugga a questa gara di qualità, attraverso la quale la vita pubblica perpetuamente si ossigena e si rinnovella; mentre una dittatura di partito finisce coll'impoverire anche spiritualmente lo Stato, perchè si condanna da sè a trarre uomini e idee sempre da quel suo piccolo campo chiuso, che ogni giorno diventa più sterile e più maligno, mentre al di là della siepe fertili distese rimangono incolte.

Ma si può dire almeno che dentro a questo angusto recinto, il fascismo abbia saputo introdurre ed attuare un metodo di selezione della qualità migliore di quello praticato nello Stato legalitario? Si potrebbe infatti pensare che quella feconda opposizione delle idee che non era più permessa come distinzione e opposizione di partiti fosse però ammessa nell'interno del partito unico, in modo che i vantaggi del metodo liberale fossero messi a profitto entro questa più limitata cerchia: e che dentro di essa fosse tollerato e magari incoraggiato il formarsi di diverse tendenze, e consentita la critica reciproca, e concesso ai fascisti di raggrupparsi intorno ad esse e di scegliere da sè, in ciascun gruppo, i propri capi.

Niente di tutto questo. Ogni tanto, specialmente tra i fascisti universitarî, affioravano correnti eterodosse che invocavano la libertà di critica e di discussione politica: non per tutti i cittadini, si intende, ma almeno per gli iscritti al partito. Pareva, sul primo momento, che a queste correnti giovanili si volesse consentire libero sfogo: si lasciavano fondare giornaletti che parevano destinati a rimettere in onore l'intelligenza, a riportare nella gioventù l'abitudine, da tempo dimenticata, di pensare. Ma bastava che in un articolo si leggesse un accenno a qualche verità scottante, perchè, dopo due o tre numeri, il giornaletto fosse soppresso d'autorità. Le divergenze di idee e la loro manifestazione polemica erano tollerate tra fascisti fino a che toccavano ar-

gomenti di carattere neutro, sui quali l' « Uno » non avesse ancora abbassato il suo sguardo; ma bastava, prima che la sua parola il suo gesto, a trasformare ogni argomento, anche il più futile, in marmoreo dogma politico, che si adorava e non si discuteva. Così la differenza tra i non iscritti e gli iscritti era questa: che mentre ai primi era vietato di avere opinioni, ai secondi era permesso di avere in tutto la stessa opinione dell' « Uno »: « Credere, obbedire, combattere »: pensare non era richiesto in un regime che aveva la fortuna di avere alla sua sommità una grossa testa che pensava per tutti, e che non sbagliava mai.

Alla stessa conclusione si giunge quando si considera in che modo avveniva, nell'interno del partito, il conferimento degli uffici: cioè quella scelta dei migliori che, secondo la dottrina fascista, sarebbe uno dei ritrovati del totalitarismo. Anche qui, bandito il sistema elettorale, la scelta veniva sempre fatta « dall'alto », e le assemblee di partito, quando piaceva a chi stava in alto convocarle, si adunavano non per deliberare o per eleggere, ma per acclamare una deliberazione o per applaudire una scelta già fatta in precedenza dalle superiori gerarchie. L'unica espressione consentita in queste periodiche assemblee di partito era quella dell'approvazione totalitaria: l'ovazione, l'urlo deliran-te, il saluto al duce: anche le più ristrette e meno rumorose adunanze di corpi tecnici o accademici non potevano chiudersi senza il rituale telegramma di fedeltà al duce. Il metodo della « nomina dall'alto » significava dunque, risalendo di gradino in gradino, che la scelta dei migliori era fatta, in ultima istanza, da colui che stava al supremo vertice della gerarchia: da colui che nessuno aveva scelto, e che si era scelto da sè.

Ma allora, se le cose stavano così, questo totalitarismo non era altro che despotismo: despotismo di quell' « Uno », al quale solo spettava il potere di scelta, sulla schiavitù di tutto un popolo, diviso tra non fascisti condannati a non essere scelti e fascisti condannati ad attendere che l' « Uno » si degnasse di sceglierli.

Questo infatti, a ben guardare, è il nocciolo pratico di quella teoria autentica del fascismo di cui sopra ho riportato alcuni passi; nella quale, quando si sfrondi dalle sovrastrutture pseudofilosofiche, acquista particolare rilievo una frase, significativa come una involontaria confessione: quella in cui si afferma che se il popolo si concepisce « qualitativamente e non quantitativamente », il fascismo si può considerare come « la forma più schietta di democrazia » perchè esso è una idea « che nel popolo si attua quale coscienza e volontà *di pochi,* ANZI DI UNO ». Ciò significa che la concezione qualitativa e non quantitativa del popolo porta alla signoria di Uno sul popolo; ossia che il totalitarismo è quella « forma schietta » di democrazia in cui la tota-

lità del popolo è schiava di una sola volontà... Ma insomma, c'era proprio bisogno di prenderla tanto alla larga per arrivare a farci capire che totalitarismo non vuol dire altro che assolutismo?

Anche i tiranni dell'antico stampo si guardavano bene dal dichiararsi da sè oppressori dei loro sudditi, e amavano meglio presentarsi come interpreti autorizzati da Dio della coscienza e della volontà nazionale; anche il principe illuminato, come lo vagheggiavano i filosofi del '700, riassumeva in sè, nella sua saggezza, le più alte virtù e le più nobili aspirazioni della totalità del suo popolo. A buon diritto, anche essi avrebbero potuto aspirare al titolo di totalitari!

19. — *Critica dei diritti di libertà*: b) *la giustizia sociale.*

La svalutazione dei « diritti di libertà » è stata condotta anche sotto un altro profilo dalle dottrine e dalle correnti politiche marxiste e materialistiche.

Si è detto che i « diritti di libertà » quali furono affermati dalla rivoluzione francese furono foggiati in realtà come uno strumento di battaglia e di ribellione del « terzo stato », contro i ceti dominanti dell'*ancien régime,* ma non come uno strumento che possa in qualsiasi modo aiutare il « quarto stato », cioè le classi lavoratrici, a risolvere la loro questione, che è essenzialmente un problema economico, non di libertà ma di giustizia sociale, cioè di distribuzione della ricchezza e di abolizione delle sperequazioni economiche tra chi lavora nella miseria e chi vive in ozio nella ricchezza, sfruttando il lavoro altrui. Per chi imposta il problema sociale in questi termini materialistici, i diritti di libertà, quali sono formulati nelle carte costituzionali del secolo XIX, possono apparire come oggetti di lusso, di cui in realtà si possono servire solamente gli abbienti. Per chi è in tali condizioni di miseria, che l'unico problema che lo occupa tutto e lo schiaccia è quello del pane, l'uguaglianza giuridica dinanzi alle leggi può apparire come un'ironia. Il principio della inviolabilità della proprietà privata, che fu affermato in origine come conseguenza della libertà individuale e come espressione della uguaglianza di tutti i cittadini ai quali era garantito ugualmente il diritto di esser proprietarî, si è trasformato in realtà in uno strumento di privilegio e di perpetuazione delle disuguaglianze sociali a favore dei pochi proprietarî contro la grande massa dei non abbienti. Il diritto, apparentemente garantito ugualmente a tutti i cittadini, di accedere agli uffici dello Stato, all'alta cultura ed alle professioni libere rimane praticamente vuoto di senso per le classi lavoratrici, i cui figli non hanno mezzi per dedicarsi agli studi. La libertà di stampa significa in realtà asservimento della stampa agli interessi dei capitalisti, che soli possono permettersi la spesa dei grandi gior-

nali e in tal modo dominare con essi nella lotta politica; e così via. In sostanza (concludono questi critici) queste libertà individuali, che permettono ai soli abbienti di prender parte alla vita politica e di farvi prevalere i loro interessi, si riducono ad essere, per i poveri, la « libertà di morire di fame ».

Ma questa tendenza socialista a svalutare i diritti di libertà ed a contrapporre all'ideale « borghese » della *libertà* l'ideale « proletario » della *giustizia,* può considerarsi superata dalla tragica esperienza di questo ventennio. Le classi lavoratrici hanno riacquistato, sotto la sanguinosa schiavitù, il senso del valore della libertà: ed anche la « questione sociale » oggi, dai più svariati partiti non è sentita più soltanto come questione di *giustizia,* ma anche e sopra tutto come questione di *libertà.* Nel binomio *giustizia e libertà,* giustizia è il mezzo e libertà è il fine: in quanto la giustizia, cioè la assicurazione ad ogni uomo di un minimo di benessere economico, si considera ormai come una delle condizioni indispensabili per assicurargli la libertà, cioè per dare ad ogni uomo la possibilità di vivere con dignità in modo da poter affermare e sviluppare nella società la sua persona morale. Il benessere economico non è più concepito materialisticamente come fine a se stesso, ma è considerato come condizione per dare ad ogni uomo la possibilità di vivere, libero dal bisogno, la sua vita spirituale, che è la vera meta e il vero dovere di ognuno.

Sotto questo profilo dunque non solo i diritti di libertà sono mantenuti, ma anzi vengono arricchiti e completati: accanto alle libertà civili e alle libertà politiche si allineano le libertà economiche, colla stessa funzione *costituzionale* di garantire ad ogni cittadino il suo posto nello Stato.

Si è capito che per assicurare la vita spirituale e la dignità morale dell'uomo in società, non basta garantirgli un minimo di libertà giuridiche delle quali egli non può di fatto servirsi se è in miseria, ma occorre altresì garantirgli un minimo di benessere economico, che vien concepito anch'esso come una garanzia della vita morale del cittadino cioè, in sostanza, come un « diritto di libertà ».

Si può infatti assistere, perfino nell'ultima costituzione russa del 1936 a questo fenomeno che si potrebbe dire di *riduzione del problema della giustizia a problema di libertà*: accanto ai tradizionali diritti di libertà civile e politica (art. 125-128) la Costituzione sovietica enuncia infatti quelli che si potrebbero chiamare i *diritti di libertà economica* (art. 118 e segg.: diritto di lavoro, diritto di riposo, diritto alla assistenza, diritto all'istruzione), i quali non contraddicono, ma anzi integrano e rafforzano il principio, su cui si basa lo Stato democratico, che per potersi avere un governo di popolo, cioè un governo in cui la legalità sia veramente espressione della volontà di tutti, occorre co-

minciare dal garantire a ciascun uomo le condizioni minime, non solo giuridiche ma anche economiche, che gli permettano di essere, avrebbe detto BECCARIA, « uomo e non cosa ».

Ed è istruttivo e confortante vedere che anche in un ordinamento a tipo liberale, così diverso da quello russo, qual'è lo Stato inglese, si cerca di arrivare con mezzi non rivoluzionari, attraverso un sistema di assicurazioni sociali (piano Beveridge, ecc.), proprio allo stesso scopo: che è quello di garantire ad ogni cittadino, secondo la espressione che adoprano gli inglesi, i « diritti dell'uomo », cioè quel minimo di garanzie economiche che valgono a mettere ogni uomo al coperto dalla miseria e dalla disoccupazione. Tutti i popoli lavorano con mezzi diversi a questo comune scopo: dare una base economica ai diritti di libertà.

CAPITOLO V

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE SUL CONCETTO DI LEGALITA'

20. — *Legalità e autorità.*

Alla base di ogni lotta politica c'è, come tutti sanno, l'urto tra due forze: libertà e autorità, individuo e Stato, interesse privato e interesse pubblico; ed ogni regime è, o vuol essere, una soluzione di questo dissidio, un equilibrio di queste due spinte. Qual è la soluzione data dallo Stato legalitario a questo problema?

La risposta a questa domanda è, *in nuce,* nelle nozioni elementari precedentemente chiarite. Nello Stato legalitario l'equilibrio tra queste due forze è raggiunto nella legge, che fa da tramite e da mediatrice tra esse: attraverso la legge, la libertà si trasforma in autorità; la libertà, che è garantita a tutti i cittadini, di concorrere attivamente alla formazione delle leggi, diventa di fronte alla legge nata dalla libera collaborazione comune, soggezione del singolo all'autorità. L'autorità, che è negazione di libertà, vale nei limiti stabiliti dalla legge, cioè nei limiti voluti dagli stessi cittadini, che non sono più liberi di violarla dopo aver liberamente collaborato a crearla. Libertà e autorità appaiono quindi, nel meccanismo dello Stato legalitario, come due inscindibili momenti dialettici di uno stesso processo, ciascuno dei quali genera l'altro, e a sua volta ne è generato. Il momento della libertà è quello della creazione delle leggi: ciascuno è libero di discuterle in astratto, di proporre che siano riformate, di prender parte alla lotta politica, per ottenere che nell'avvenire siano sostituite da leggi migliori. Ma il momento successivo, quello della esecuzione delle leggi, è il momento dell'autorità: ciascuno è soggetto ad osservarle in concreto, per quanto criticabili ed ingiuste gli possano sembrare, e quando dalla legge è scaturito, per la coincidenza del fatto reale con quello da essa previsto in ipotesi, il comando individuale attinente al caso singolo, esso è irrevocabile e inesorabile, e non vi è possibilità giuridica di sfuggire alla sua imperatività. Così questo sistema della legalità che si ri-

solve in un ininterrotto e teoricamente perpetuo processo di rinnovamento e ringiovanimento della autorità attraverso la libertà, è il solo meccanismo costituzionale che assicuri la pacifica stabilità e continuità dello Stato; perchè nei suoi congegni legislativi trova sfogo la libertà desiderosa di nuove leggi ed ogni trasformazione di ordinamenti (fuorchè l'abolizione della stessa legalità) è possibile nelle vie legali senza bisogno di scosse rivoluzionarie. Mentre la tirannia è una fortezza senza varchi, attraverso la quale la libertà può aprirsi la strada solo a forza di esplosioni e di crolli, lo Stato legalitario è un sistema *aperto,* in cui la libertà può circolare e trovare, senza bisogno di dinamite, le vie sempre scoperte per conseguire i suoi scopi.

Diversa è la soluzione data al dilemma libertà-autorità dallo Stato « autoritario » o « totalitario », di cui tutti in Italia, anche i non giuristi, possono parlare con approfondita esperienza. Esso fu presentato dai suoi teorizzatori come una panacea miracolosa per rimediare a certe degenerazioni del sistema parlamentare che nel periodo immediatamente successivo alla prima guerra mondiale si fecero sentire specialmente presso i popoli meno educati alla libertà. Il rilassamento dei congegni politici, diventati incapaci sia a far rispettare le leggi vigenti, sia a crearne altre migliori, derivava, a ben guardare, più che da difetto di autorità, da difetto di libertà: non vi era più un sistema così schiettamente imperniato sulla libertà che permettesse al popolo di esprimere compiutamente le leggi corrispondenti ai suoi nuovi bisogni, mentre l'autorità delle vecchie leggi non era più assistita da quel senso di solidarietà collettiva che le accompagna quando sono nate dalla libertà.

La soluzione naturale di questa crisi avrebbe dovuto esser cercata nel senso di riportare il regime verso quei principî di libertà e quindi di legalità da cui lo sconvolgimento bellico lo aveva fatalmente allontanato; non nel senso di estraniarlo sempre più da essi. Viceversa il rimedio « drastico » non fu in realtà che un approfondimento del male che si pretendeva guarire, con aggravamento fino alla catastrofe di quello stesso processo degenerativo. L'autorità soffriva per difetto di libertà, come l'asmatico per difetto d'aria; ma invece di darle nella libertà quel più ampio respiro di cui andava in cerca, si credè che per guarirla bastasse toglierle quel poco che aveva. Soppressa la libertà, parve che padrona del campo fosse rimasta l'autorità: e ci son voluti vent'anni e tutta la somma di dolorose prove cui può esser capace la resistenza di un popolo, per accorgersi che anche l'autorità, insieme colla libertà, era stata distrutta.

Chi cerchi ora, attraverso le esaltazioni della dottrina compiacente, di rendersi conto della realtà giuridica che si celava sotto questa speciosa etichetta di « autoritarismo totalitario », che agli occhi degli

ingenui sembrava preannunciare un irrobustimento e risanamento dell'autorità, si accorge che l'unico carattere sicuramente individuabile di questo regime è il cosiddetto « principio gerarchico »: per il quale il potere di far le leggi, di governare, di comandare, non sale su, come nei regimi rappresentativi, dalla volontà dei cittadini costituenti la larga base della piramide, ma cala, come si diceva, « dall'alto », cioè dalla personale volontà dell' « Uno » e da quel sommo vertice si ripartisce discendendo, ripercosso a quel modo che la luce del sole illumina i pianeti, tra le sottostanti stratificazioni di « gerarchi ». Cosiffatto regime non è travagliato dalle lotte dei partiti, perchè i partiti sono stati violentemente soppressi; non è guastato dalla fastidiosa petulanza dell'opposizioni perchè agli oppositori è stata chiusa la bocca coll'assassinio o col carcere; non deve fare i conti coi voti di sfiducia, perchè i gerarchi hanno giurato eterna fiducia al governo; non paventa cadute di ministeri, perchè il « duce », che è il ministro dei ministri, è fieramente risoluto a rimaner ritto in eterno. E' raggiunta finalmente in questo ordinamento autoritario la concordia degli spiriti, perchè gli spiriti discordi sono mandati al confino: « *solitudinem faciunt, pacem appellant* ».

La « stabilità » del regime è dunque ottenuta con una ricetta molto semplice: impadronirsi del potere colla forza, attaccarvisi colla forza, difenderlo colla forza. Ma questa non è una novità: è l'assolutismo, vecchio come il mondo, è l' « autoritarismo » dei despoti, che non aveva bisogno del fascismo per essere inventato.

Nè costituisce un nuovo ritrovato il « totalitarismo »; parola vaga ed enfatica, che sotto la parvenza di un mistico assorbimento di ogni interesse individuale nella universalità dello stato « etico », significa in realtà l'asservimento pratico di tutti i semplici cittadini alle rapine di una banda di dominatori illuminati, ai quali soli è riservata la capacità politica, lo *ius honorum*; mentre tutta la moltitudine di coloro che non appartengono alla fazione è condannata al limbo giuridico di una capacità menomata, a cui è a mala pena concesso per grazia lo *ius commercii*... Ma anche questo annullamento di ogni libertà individuale nella onnipotenza del principe, questo gabellare per « ragion di Stato » il personale tornaconto di un uomo o di una famiglia o di una fazione, e per « salvezza della patria » la salvezza della refurtiva accumulata, non è, come tutti sanno, fenomeno nuovo nella storia; ed anche la naturale trasformazione di ogni tirannia individuale in una « gerarchia » di interessi ramificati e solidali, in cui il tiranno, per meglio affezionarsi i suoi partigiani, lascia che si ingrassino a spese dei sudditi, ed a sua volta ciascuno di questi tirannelli minori segue la stessa politica coi propri satelliti, è già stata descritta quattro secoli fa dal La Boétie, in maniera così somigliante che pare un ritratto. Nè la novità

dello Stato « autoritario » può esser fatta consistere in quella etichetta di « corporativo » che vi abbiamo vista appiccicata sopra: in realtà questo sedicente « corporativismo », anzichè effettiva e libera partecipazione dei sindacati alla vita dello Stato e riconoscimento della loro autonomia come mezzo di creazione del diritto, era soltanto costrizione burocratica delle forze lavoratrici e imposizione di « rappresentanti » scelti dall'alto, i quali non rappresentavano altro che la volontà del governo che li aveva nominati: anche qui, dunque, niente più che una espressione, goffamente camuffata con terminologia sindacale, del principio gerarchico.

Si è creduto così ancora una volta, in questo recentissimo esperimento autoritario, che per trovar l'equilibrio tra l'autorità e la libertà bastasse semplicemente sopprimere il secondo termine dell'equazione. Ma il risultato finale dell'esperimento è stato questo: che dalla soppressione della libertà, l'autorità, cioè quella che doveva rimanere sola padrona del campo, è rimasta essa sola irrimediabilmente indebolita e sconfitta. Nè poteva essere altrimenti: perchè la forza dell'autorità, se vuol esser qualcosa di più durevole del momentaneo terrore, dev'esser soprattutto una forza morale: contare sulla coscienza dei popoli, non sulla loro viltà. Ora, mentre il regime legalitario è, anche in fatto di autorità, un regime essenzialmente educativo, perchè il continuato esercizio della libertà rafforza l'ossequio per l'autorità che scaturisce da essa, i regimi autoritarî sono tutti tipicamente diseducativi e corruttori, perchè a lungo andare, il timore dell'autorità insegna prima a odiarla e poi a disprezzarla ed irriderla.

La nostra recente esperienza ci dà la riprova storica di questa verità: che mai, neanche nei periodi più confusi e più agitati del vituperato Stato liberale, si praticò da noi, come durante il ventennio del totalitarismo, un disprezzo altrettanto totalitario dell'autorità della legge. Tra i tristi motti di spirito che si mormoravano contro il regime, merita di non andar perduta una sua definizione ironica: « totalitarismo rigidamente autoritario; temperato da totalitaria indisciplina ». Altro che gli scioperi generali e i ritardi ferroviarî dell'immediato dopoguerra! I buoni borghesi, che si spaventavano allora di quegli inconvenienti della libertà, possono ora agevolmente paragonarli con quelli dell'autoritarismo: per le gesta del quale sembra scritta una celebre pagina del Machiavelli sul cesarismo: « ...vedrà ...l'Italia afflitta e piena di nuovi infortunii; rovinate e saccheggiate le cittadi di quella; vedrà Roma arsa, il Campidoglio da' suoi cittadini disfatto, desolati gli antichi templi, corrotte le cerimonie, ripiene le città di adulterii; vedrà il mare pieno di esilii, gli scogli pieni di sangue; vedrà in Roma seguire innumerabili crudeltadi, e la nobiltà, le ricchezze, i passati onori, e sopra tutto la virtù essere imputate a peccato capitale; vedrà premia-

re gli calunniatori, essere corrotti i servi contro al signore, i liberti contro al padrone; e quelli a chi fussero mancati i nimici, essere oppressi dagli amici. *E conoscerà allora benissimo quanti obblighi Roma, Italia e il mondo abbia con Cesare* ».

21. — *Legalità e uguaglianza.*

Nello stato legalitario tutti i cittadini, secondo la formula tradizionale che si trova anche nell'art. 24 dello Statuto albertino, « sono uguali dinanzi alla legge ». Qual'è la portata pratica di questa proclamata uguaglianza?

Non si tratta qui di quella uguaglianza « utilitaria e materiale », che è stata qualificata utopistica e « stravagante » (1) come quella che urta contro le insopprimibili disuguaglianze fisiche e psichiche degli uomini, varî per natura nei sentimenti, nelle capacità e nei bisogni; ma di uguaglianza *giuridica,* per la quale tutti i cittadini, quali che siano le loro differenze naturali ed economiche, sono di fronte alle leggi in ugual modo « persone », cioè soggetti e non oggetti di rapporti giuridici.

Questa uguaglianza giuridica ha due significati diversi.

a) In un primo senso, più ristretto e tecnicamente più preciso, essa non vuol esprimer che l'ugual trattamento promesso dalla legge a tutti i casi che si riscontrino forniti in concreto dei caratteri da essa anticipatamente indicati in astratto: si tratta dunque di un'uguaglianza che è logica conseguenza del processo di astrazione proprio della formulazione legale, e che si fa sentire come un'esigenza da soddisfare non al momento della creazione della legge, ma a quello della sua applicazione al caso singolo. Per questa esigenza, che è inseparabile dal sistema della legalità (nel sistema della giustizia del caso singolo, vi è piuttosto l'esigenza contraria; di ogni caso si mettono in evidenza le circostanze particolari che lo rendono diverso da tutti gli altri, e si va in cerca di una soluzione di specie che sia fatta soltanto per esso, senza alcun riferimento comparativo ai casi simili: negando anzi la possibilità di una qualsiasi comparazione classificatoria tra casi tutti naturalmente diversi l'uno dall'altro), si può parlare con più precisione di uguaglianza *giudiziaria*: ugual trattamento giudiziario di tutti i casi che la legge considera simili; questo è il senso in cui l'uguaglianza è

(1) Croce, *Revisione filosofica dei concetti di libertà e di giustizia* in « Critica », 1943.

promessa nel motto « la legge è uguale per tutti » che si legge nelle aule della giustizia.

Se si volesse intendere questa formula della uguaglianza giuridica di tutti i cittadini nella sua portata letterale, come se volesse dire abolizione di ogni differenza giuridica tra essi, essa significherebbe niente meno che la abolizione totale del diritto: che è essenzialmente classificazione di differenze e proporzione di disuguaglianza. Il procedimento logico comune a tutte le leggi è quello di raggruppare le relazioni umane secondo i loro tipici caratteri differenziali e di ricollegare ai diversi caratteri diverse conseguenze giuridiche: il che significa stabilire un trattamento giuridico disuguale per coloro che si trovano in casi considerati disuguali dalla legge. Il minorenne ed il maggiorenne sono ambedue cittadini: ma, a certi effetti, il trattamento giuridico fatto ad essi dalla legge è diverso, essi sono, come tali, disuguali dinanzi alla legge. Lo stesso si può dire per il celibe e il coniugato; per il creditore e per il debitore; per l'innocente e per il reo: e così via. Gran parte delle norme giuridiche prevedono nella loro astratta ipotesi tipici conflitti di interessi individuali, stabilendo in anticipo quali di essi dovrà aver la precedenza e quale dovrà esser sacrificato (nel conflitto tra l'interesse economico del creditore e quello del debitore, il primo è tutelato a spese del secondo): in questo modo i vari interessi sono differenziati e trattati diversamente, alcuni come diritti soggettivi che lo Stato si impegna a tutelare, altri come interessi semplici destinati a rimaner senza tutela.

La uguaglianza giuridica di tutti i cittadini dinanzi alle leggi non può, dunque, voler dire che le leggi considerino tutti i cittadini come indifferenziati ed uguali in ogni caso; ma significa che il differente trattamento giuridico stabilito dalle leggi per i vari casi tipici astrattamente considerati, deve, quando si verifichi in concreto un caso coincidente colla ipotesi della legge, valere per tutti nello stesso modo, qualunque sia la persona che verrà a trovarsi colpita in particolare dal precetto ricollegato a quella ipotesi. L'uguaglianza dei cittadini di fronte alle leggi non vuole esprimere altro che quella virtù delle leggi che si potrebbe chiamare la loro « impersonalità »: quella loro spassionata ed imperturbabile astrattezza, che non parla per amore o per odio verso persona individuale, ma vede dinanzi a sè uomini in potenza, come possibili attori di vicende che potranno esser rappresentate nell'avvenire, come pedine simboliche di un giuoco, le cui regole fissate in anticipo dovranno essere osservate qualunque sia poi nella realtà il volto vivo che verrà a prendere il posto di quei simboli impersonali.

La uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, nel senso in cui qui se ne parla, vale dunque non per il legislatore, il quale quando

legifera deve necessariamente prevedere differenze di uomini e di cose, ma per il giudice, il quale nell'applicar la legge deve considerare quali casi simili quelli nei quali si riscontrano le stesse circostanze tipiche che la legge indica come giuridicamente rilevanti (i cosiddetti « estremi di legge »), senza dar peso alcuno alla concreta esistenza, in questi casi giuridicamente simili, di differenze attinenti a circostanze d'altra natura non prese in considerazione dalla legge. Non tener conto altro che delle circostanze considerate dalla legge come giuridicamente rilevanti, questo è, per il giudice, osservar la regola della uguaglianza giuridica di tutti i cittadini. Se il giudice è chiamato a decidere sulla domanda di pagamento di un padron di casa contro un inquilino moroso dovrà condannare il debitore a pagare i fitti arretrati, anche se l'inquilino è di razza bionda e il padron di casa è, per avventura, di razza bruna: perchè negli articoli del Codice civile che regolano i diritti del locatore, la differenza tra razza bionda e razza bruna non è considerata tra quelle giuridicamente rilevanti a stabilire gli effetti della locazione: e non si trova scritto nel Codice civile che l'esser di razza bionda sia un estremo giuridicamente sufficiente per esser esonerati dal pagare i propri debiti ai creditori di razza bruna... E così, se due ladri hanno commesso insieme un furto e nel fatto di entrambi si riscontrano gli stessi estremi giuridici di correità, il giudice dovrà condannarli tutt'e due alla stessa maniera, senza dar peso al fatto che uno di essi, e non l'altro, sia iscritto ad un certo partito politico, magari allo stesso a cui appartiene il giudice; perchè l'iscrizione ad un partito non è (secondo quello che si legge nel Codice penale) circostanza attenuante del reato di furto.

La fedeltà a questa uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge è la più alta dote del giudice, la sua specifica virtù professionale: la imparzialità. Il giudice deve applicare la legge senza portare rispetto alle differenze sociali o politiche dei giudicabili (« qualunque sia il loro grado o titolo » dice l'art. 24 dello Statuto), anzi senza neanche vedere quelle loro qualità individuali che non rientrano nel quadro della legge. Bruto, che per condannare a morte il figlio colpevole, lo considera cogli occhi impassibili della legge e non con quelli umani del padre, è il simbolo classico di questa visione limitata della giustizia, che guarda la realtà attraverso il diaframma della legge, e ne vede soltanto quei tratti che traspaiono attraverso la apertura di esso; per questo, in certe figurazioni, la Giustizia è rappresentata cogli occhi bendati.

b) Ma l'uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alle leggi significa, nello Stato legalitario, qualcosa di più: cioè il divieto costituzionale, posto preventivamente allo stesso legislatore, di fare leggi in cui sia negata od offesa quella uguaglianza morale degli uomini, che esiste

per natura indipendentemente dal riconoscimento delle leggi. Qui l'uguaglianza giuridica, che finora ci era apparsa come esigenza da soddisfare al momento in cui la legge si applica (sub *a*), si considera come garanzia costituzionale da soddisfare al momento in cui la legge si crea: uguaglianza di tutti i cittadini valevole non soltanto « dinanzi alla legge », ma anche, si potrebbe dire, « contro la legge ».

Il meccanismo tecnico con cui lo Stato legalitario è riuscito ad assicurare questa uguaglianza che deve valere anche contro la legge (e che tanto per intenderci si potrebbe chiamare uguaglianza *costituzionale*) ci è già noto nei suoi congegni essenziali.

La base di tutto il sistema della legalità è un postulato di ordine morale: « il riconoscimento — per dirlo colle parole del Croce — della dignità spirituale di ogni essere umano coincidente colla sua intangibile libertà », che si traduce, portato nel campo del diritto, nella uguale dignità giuridica di tutti i cittadini, cioè nella possibilità a tutti ugualmente garantita di partecipare come « persone » non solo alla protezione offerta dalle leggi, ma altresì all'attività politica attraverso cui le leggi si creano. Ma poichè le idee morali per tradursi in regole giuridiche bisogna che si concretino nella determinazione di limiti imposti all'operare pratico, così qui il principio che sta alla base della legalità ha dovuto, per entrare praticamente nelle carte costituzionali, essere accompagnato dalla specifica delimitazione di alcune libertà essenziali (« diritti di libertà ») che si considerano come attributi intangibili della persona: come quel minimo di libertà politica che non si potrebbe ulteriormente restringere senza che la stessa autonomia della persona venisse ad esserne ferita.

Al lume di queste premesse il principio della uguaglianza costituzionale esige non soltanto che le leggi rispettino i « diritti di libertà » in ugual misura per tutti i cittadini (altrimenti si dovrebbe ammettere che a una diversa limitazione delle libertà essenziali potesse corrispondere in diverse categorie di cittadini una disuguale estensione della personalità: il che sarebbe in contraddizione colla premessa), ma esige altresì, per corollario, che le leggi non prendano come criterio per fare un disuguale trattamento giuridico a certe categorie di cittadini *il modo con cui essi esercitano quelle attività che sono per definizione libere, cioè i diritti di libertà.* Prendiamo per esempio la libertà di religione o la libertà di opinioni politiche: esse non significano soltanto che a ciascun cittadino deve esser lecito di praticare il culto o di seguire il partito che la sua coscienza gli suggerisce, ma significano altresì che le diversità di culto o di partito non possono esser prese dalle leggi come criterio per regolare diversamente, secondo la fede religiosa o politica che ciascun cittadino liberamente professa, la sua partecipazione alla vita politica dello Stato; il che, se avvenisse, vorrebbe dire an-

cora una volta menomare l'idea stessa di « persona » nei suoi attributi essenziali. Quando l'art. 24 dello Statuto albertino stabilisce che tutti i cittadini « godono, ugualmente, i diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili e militari, salve le eccezioni determinate dalle leggi », l'ultima proposizione si deve intendere nel senso che queste eccezioni non devono esser basate su distinzioni di casta o di nobiltà, di sangue o di « razza » o di religione o di opinioni politiche, perchè altrimenti, se le leggi potessero introdurre disuguaglianze fondate su questi elementi, esse verrebbero con ciò a distruggere il concetto stesso di persona (che è un concetto morale indipendente dalle diversità somatiche di « razza » o di discendenza) ed insieme a rinnegare quella ugual libertà di professione religiosa e politica che nel sistema della legalità è garantita in pari misura ad ogni cittadino.

Esempi tipici di leggi rinnegatrici di questa uguaglianza costituzionale, che è il riflesso giuridico della ugual dignità morale di tutte le creature umane, si sono avute anche in Italia nelle leggi cosiddette « razziali »; e, prima che in esse, in tutte quelle disposizioni, generosamente sparse in un ventennio di legislazione fascista, che hanno diviso i cittadini italiani in due categorie, quella degli « iscritti », cioè dei privilegiati a capacità piena, e quella dei « non iscritti », cioè dei tollerati a capacità limitata; leggi sintomatiche, che si sono spinte molto avanti nel progressivo annientamento della personalità umana, su una via il cui logico sbocco sarebbe stato il ristabilimento della schiavitù.

Ma proprio queste leggi recenti, basate su differenze « razziali » (e quelle dello stesso tipo basate su differenze politiche) possono fornire un chiaro esempio della differenza che passa tra l'uguaglianza intesa in senso giudiziario (sub *a*) e quella intesa in senso costituzionale (sub *b*). Anche per le leggi « razziali » infatti, quantunque esse costituiscano in maniera tipica una violazione del principio statutario dell'uguaglianza costituzionale di tutti i cittadini, vale, quando si tratta di applicarle al caso concreto, l'esigenza della uguaglianza giudiziaria, la quale importa che esse (in un regime in cui al giudice non è consentito un potere di controllo sulla costituzionalità delle leggi) debbono come tutte le altre leggi essere applicate indistintamente, senza differenza di persona, tutte le volte che nella realtà si verifichino le condizioni « razziali » considerate dal legislatore come giuridicamente rilevanti. Sicchè, se il giudice chiamato ad applicare in concreto una di queste leggi, cercasse, per la repugnanza morale che essa suscita in lui, di non applicarla quantunque nel caso ne ricorrano i presupposti; o se, peggio ancora, chiamato a giudicare di due cittadini forniti degli stessi requisiti « razziali », facesse valere i rigori della legge contro uno solo di essi, salvando l'altro per la maggior simpatia personale che costui ha saputo ispirargli, — egli verrebbe così per conto suo ad ag-

gravare in concreto con una disuguaglianza giudiziaria tra casi simili, quella disuguaglianza costituzionale tra categorie di cittadini che il legislatore ha commesso in astratto quando ha messo in vigore una legge contraria al principio fondamentale della legalità.

Vero è che molte volte, quando si tratta di applicare leggi odiose come queste, il giudice di coscienza può sentirsi invogliato a correggere, magari a costo di una disuguaglianza giudiziaria, la mostruosità morale della legge: a commettere cioè una illegalità particolare, per rimediare alla generale ingiustizia del legislatore. Ma con questo si entra in un altro argomento, che merita una trattazione separata: differenze e relazioni tra legalità e giustizia.

22. — *Legalità e giustizia.*

Nel sistema della legalità, giustizia, in senso giuridico, non vuol dire altro che conformità alla legge, obbedienza alla legge. La giustizia del giudice non è altro che la fedele applicazione al caso singolo della legge positiva: per lui il motto *fiat iustitia et pereat mundus* si potrebbe tradurre in quest'altro: *lex servetur et pereat mundus.* In questo senso la parola si adopra nel mondo giudiziario e forense: nelle aule dei tribunali non si amministra la giustizia dei moralisti o dei politici, ma quella dei giuristi, che vien fuori dalla proporzione tra il caso controverso e la legge certa.

Ma di giustizia si può parlare anche in un altro senso, come di nozione non solo distinta, ma anche talvolta contrapposta a quella di legalità: per cui la soluzione legale, che nel sistema della legalità è giusta per definizione, può talvolta apparire, pur rimanendo legale, come ingiusta. In questo secondo significato il criterio per qualificare giusta o ingiusta una certa soluzione non è più tratto dalla legge positiva ma da una premessa di diverso ordine, che vale all'infuori e al disopra di essa. La legge anzi, da misura di valore, diventa essa stessa oggetto di valutazione. Si loda il principe illuminato che governa il suo popolo con « leggi giuste », si maledice il tiranno che lo opprime con « leggi ingiuste ». E il diritto stabilito dalle leggi non si considera più tutto quanto coincidente allo stesso modo colla giustizia, ma si ammette la possibilità logica di distinguere un diritto « giusto » (il « *richtiges Recht* » del celebre libro dello STAMMLER) da un diritto « ingiusto », senza veder nella prima qualificazione una tautologia e nella seconda una *contradictio in adiecto.*

Questa distinzione tra due giustizie poste su due diversi piani, una di natura inferiore della quale è misura la legge, e l'altra di natura superiore dinanzi alla quale la legge appare essa stessa come oggetto di misurazione, è un effetto naturale e inevitabile della maniera in cui

si svolge la formulazione del diritto nel sistema della legalità: dove il compito di distillare il diritto dalla continua ebullizione delle forze politiche è affidato (come si disse) al legislatore e non al giudice. Valutare quali siano *in iure condendo* le leggi politicamente opportune, cioè meglio corrispondenti alle esigenze storiche della società a cui devono servire, è compito del legislatore, non del giudice, al quale spetta soltanto applicare *in iure condito* le leggi come sono, senza tentar revisioni politiche della loro opportunità. Su questa diversità di « punto di vista », per la quale la valutazione del giudice, che per formular la sentenza deve prender come regola le esigenze della legge, si distingue da quella del legislatore, che per formular la legge deve prendere come regola le esigenze della politica, si basa la distinzione tra giustizia *giuridica* (=legalità), che è quella del giudice, e giustizia *politica* o, come anche si dice, *sociale,* che è quella (o dovrebbe essere) del legislatore. Così la qualificazione di « ingiusta » ha diverso significato secondochè sia attribuita a una sentenza o a una legge: ingiusta è una sentenza perchè non corrisponde alla legge, ingiusta è una legge perchè non corrisponde, o non corrisponde più, a quelle forze sociali in perpetua evoluzione, dalla combinazione delle quali scaturisce la sostanza del diritto. Quando si critica come ingiusta una legge, non si dà con ciò un giudizio scientifico, ma si fa un atto politico: si accusa il legislatore di non esser sensibile alle esigenze storiche del suo tempo, e si vorrebbe prendere il suo posto per sostituire le sue leggi ingiuste con altre più corrispondenti al nostro ideale politico. Quando il Beccaria chiamava crudeli e dissennate le leggi criminali dei suoi tempi, vedeva dinanzi a sè nella sua mente il modello ideale di un sistema punitivo razionale ed umano, e quel suo piccolo libro era un atto politico di importanza decisiva per affrettare, in conformità di quel modello, il rinnovamento della legislazione penale europea. Così noi, quando la nostra ragione e il nostro sentimento si ribellano all'ingiustizia di quelle leggi « razziali » che ci sono state imposte da un regime asservito allo straniero, affrettiamo il giorno in cui potremo far cancellare dal nostro diritto quella ignominia, infamante come un marchio di servitù.

Tra la giustizia « giuridica » e la giustizia « politica » o « sociale » vi è dunque lo stesso contrasto che passa tra la realtà e l'ideale: al richiamo del quale la realtà continuamente si rinnova, nel perpetuo sforzo di raggiungere quella meta che perpetuamente si allontana. Così, mentre la giustizia dei giuristi è una nozione staticamente definita, perchè ha nella legge un punto fisso di riferimento, questa giustizia politica o sociale che sta al di là delle leggi è un concetto in continuo divenire, che perpetuamente si perfeziona attraverso la libertà, e si presenta con volti sempre nuovi nei programmi dei partiti che si suc-

cedono nella lotta politica. Ma è certo che in tutte le invocazioni di maggior « giustizia sociale » che si leggono variamente formulate nei programmi dei partiti, si trova sempre alla base, anche se ciò che affiora è il problema economico, una esigenza di elevazione morale che non può non essere esigenza di maggior libertà. Non mi par che si possa essere in tutto d'accordo colla opinione, per quanto autorevolissima, del CROCE, che, analizzando in qual significato entri nelle lotte politiche questa idea di « giustizia », la ritiene in sostanza equivalente a quella di uguaglianza economica, e non quindi comparabile, in un binomio che voglia essere omogeneo, coll'idea di libertà. E' lecito obiettare che la invocata « giustizia sociale » non è sempre, necessariamente, esigenza di uguaglianza mortificatrice della libertà, ma può essere anche esigenza di disuguaglianza proporzionata alla libertà. In certi casi è proprio l'uguaglianza che viene sentita come ingiustizia (come può apparire ingiusto, per fare un esempio elementare, il retribuire ugualmente persone che abbian compiuto diversa quantità di lavoro); qui giustizia, più che esigenza di uguaglianza, vuol dire dunque *esigenza di proporzione.* E poi, anche se giustizia sociale volesse dire abolizione di privilegi materiali e riduzione di disuguaglianze economiche e assicurazione a tutti i cittadini di un benessere economico minimo al di sotto del quale non si possa scendere per nessuno, anche questo non sarebbe in contrasto colla libertà: perchè con questo si verrebbe a riconoscere che la vita morale del singolo non può liberamente esplicarsi nella società se non gli sia assicurato il minimo indispensabile per condurre un'esistenza umana, e si verrebbe ad accrescere così, con questa nuova garanzia, (come già si è visto) la categoria di quei « diritti di libertà », la funzione costituzionale dei quali è, come già sappiamo, proprio quella di garantire a tutti i cittadini le condizioni preliminari indispensabili per l'esercizio pratico della propria libertà morale.

Nella contrapposizione tra giustizia *giuridica* (= legalità) e giustizia *politica,* ossia tra legalità e giustizia intesa in questo secondo senso, non si deve credere che la legalità sia necessariamente inconciliabile colla giustizia, ossia che le leggi siano sempre in arretrato colla storia, che val quanto dire politicamente ingiuste. Nello Stato legalitario, piuttosto che insanabile contrasto, vi è tra legalità e giustizia repartizione di compiti e armonica collaborazione: funzionano infatti in permanenza i congegni costituzionali che permettono alla libertà, infaticata rivelatrice di sempre nuovi ideali di giustizia sociale, di adoprarsi praticamente per tradurre nelle leggi i suoi ideali sempre rinascenti. La legalità e la giustizia sono dunque, nello Stato legalitario, due momenti dialettici di uno stesso processo circolare, attraverso il quale continuamente la giustizia sociale si trasforma in giustizia giuri-

dica; operano come due forze complementari, nell'equilibrio delle quali la continuità dello Stato, che è garantita dalla legalità, trova nello stimolo della giustizia il suo perenne ringiovanimento.

Alla vita dello Stato è ugualmente necessario che nella coscienza dei cittadini, di fronte al sentimento di giustizia che vuol dire libertà, trovi posto il sentimento di legalità, che vuol dire consapevole disciplina. Si usa tradizionalmente contrapporre allo spirito di legalità, raffigurato come gretto e senile formalismo conservatore che non vede al di là delle leggi, il sentimento di giustizia che sarebbe il fermento delle rivoluzioni, il generoso slancio giovanile che affretta l'avvenire. Ma questi due sentimenti che sembrano antitetici, trovano nello Stato legalitario la loro sintesi: il fedele attaccamento alle leggi, che è l'abito proprio del giurista, non può mai esser concepito come velleità retriva di fermare la storia, là dove le leggi sono destinate a durare solo fino a quando non si manifesti nelle forme legali la volontà collettiva di mutarle; e viceversa il fervore di rinnovamento, che è proprio del politico, non ha bisogno di diventare furia rivoluzionaria, là dove sono a disposizione della politica i congegni costituzionali fatti apposta per adeguare continuamente la legalità alla giustizia.

Ma il contrasto dialettico tra questi due sentimenti spiega la singolare sorte che nei più diversi regimi è sempre toccata ai giuristi, considerati come vivente personificazione dello spirito di legalità; sui quali sarcasmi ed ingiurie sono piovuti in ogni tempo da destra e da sinistra, dai fautori dei regimi « autoritarî », che hanno sempre visto nei giuristi gli importuni custodi della libertà, e dai più accesi rivoluzionarî che li hanno sempre accusati di essere i difensori delle leggi in cui si perpetua il privilegio dell'oppressore. Questa è stata in special modo, in tutti i tempi, la sorte degli avvocati: sospettati e imprigionati dalla tirannia che ha sfogato contro di loro l'odio contro l'incomoda legalità, molesto impaccio di capricci dei despoti; perseguitati e soppressi dalle rivoluzioni (com'è avvenuto per ultimo nei primi anni della rivoluzione russa), che il risentimento politico contro l'ingiustizia delle leggi crollate hanno ingenuamente riversato sui tecnici della legalità, come chi, per vendicarsi delle malattie, se la pigliasse coi medici.

Ma il giurista, impavido tra queste opposte inimicizie, sa che il servire la legge è anche servir la giustizia, quella più alta giustizia morale che sta al disopra della legge; sa che solo attraverso il « legalitarismo » (nonostante il significato dispregiativo che si dà quasi sempre, nel parlar comune, a questa parola) si difende a lungo andare quella giustizia che è libertà e comprensione umana e altruismo. I fautori del diritto libero, che ogni tanto riaprono la polemica contro la insensibilità e la grettezza mentale dei giuristi « apolitici » non si accorgono che la giustizia del caso singolo, svincolata dalle leggi, porta fatalmente a

scorgere in ogni caso soltanto il particolare e a smarrire il senso morale della collettività. Il diritto libero è un sistema disgregatore, che polverizza la giustizia in arbitrî isolati, nei quali la sorte di ciascuno è segnata senza possibilità di proporzioni e di paragoni. Solo nel sistema della legalità può esservi reciprocità e solidarietà: soltanto chi sa che la legge, oggi applicata ad altri, potrà domani essere applicata a lui, e chi nel diritto altrui vede rispecchiata l'immagine del suo diritto, sente la dignità di ogni uomo come la sua propria dignità, il rispetto degli altri come il rispetto di sè, e questa fraternità di destini individuali come il cemento da cui nasce la Patria. E forse, per la vita dello Stato, lo spirito di legalità, quello spirito che aleggia nel *Critone* platonico, è ancor più prezioso che lo spirito di giustizia: e la libertà respira meglio presso quei popoli dove il rispetto della legalità è sentito come una religione.

Il giurista non è, come è raffigurato nella polemica, un adoratore fanatico delle leggi, talmente accecato da non vederne i difetti; ma sa che per rivelare e correggere i difetti delle leggi, nessun meccanismo è stato inventato finora nella tecnica costituzionale più efficace e più sicuro della stessa legalità: simile alla lancia del mito, che sola poteva guarire le ferite da essa inferte. Per questo, finchè nello Stato esistono i congegni legali che permettono ai politici di tradurre in nuove leggi i loro ideali di giustizia sociale, il giurista sa che il suo ufficio proprio è soltanto quello di sorvegliare che questi congegni non si corrompano; ed è convinto che proprio così, difendendo la legalità contro il diritto libero e la giustizia giuridica contro gli inquinamenti della politica, egli contribuisce per quanto è in lui a far sì che la politica si svolga sulle sue strade e più facilmente raggiunga le sue mete. Tutto questo, si intende, nei regimi dove c'è una legalità, cioè una libertà, da difendere: nei regimi dove questa manca, può avvenire che anche il giurista, quando s'accorge che la sua scienza ad altro non servirebbe che a dar argomenti dialettici al despotismo, senta il dovere di deporre la toga per prendere le armi.

III

COSTRUIRE LA DEMOCRAZIA
(PREMESSE ALLA COSTITUENTE) (°)

A

La crisi della legalità

I - *Crisi comunista e crisi nazifascista.*

Chi esamini la crisi europea di questo ultimo trentennio come « crisi di legalità », cioè considerando con occhio di giurista, più che le profonde correnti sociali, le formule giuridiche con cui esse sono affiorate nelle riforme dei codici, si accorge facilmente che tra quello che è avvenuto in Russia da un lato e dall'altro in Germania e in Italia, passa, anche *sub specie iuris*, una differenza essenziale.

In Russia, col subitaneo sprofondarsi di tutta la legislazione zarista, si è creato da principio il vuoto giuridico; e per un certo periodo, in luogo delle vecchie leggi sparite nella voragine, la nuova autorità

(°) [Si ripubblicano qui i sette scritti contenuti nel volumetto *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Firenze, Edizioni U, senza data (ma 1945). Di questi scritti, il primo (*La crisi della legalità*) e il terzo (*Sulla riforma dei codici*) sono stati pubblicati anche in « La Nuova Europa », settimanale di politica e letteratura (Roma), a. I, n. 4, 31 dicembre 1944, e a. II, nn. 9 e 10, 4-11 marzo 1945; il secondo (*Nel limbo istituzionale*), il quarto (*Governo e Costituente*) e il quinto (*Costituente e questione sociale*) rispettivamente in « Il Ponte », a. I, n. 1 (1945), pp. 4-19 [anche in « L'Italia libera » (New York, N.Y.), IV, n. 15, 1° agosto 1945], ivi, a. I, n. 7 (1945), pp. 575-583, e ivi, a. I, n. 5 (1945), pp. 368-379; il sesto (*L'avvenire dei diritti di libertà*) è l'introduzione alla 2ª edizione di Francesco Ruffini, *Diritti di libertà*, Firenze, La Nuova Italia, 1946; il settimo (*Costituente italiana e federalismo europeo*) è stato pubblicato in « Corriere d'informazioni » (Milano), 11 settembre 1945, e in lingua inglese nel giornale « Nazioni Unite » (New York), 1945]. [*Bibliografia*, n. 295 e nn. 294, 315, 309, 348, 335, 361, 337].

ha potuto farsi sentire soltanto attraverso le decisioni dei tribunali del popolo dettate dalla « coscienza proletaria » degli operai e dei contadini: gigantesco esperimento, durato per qualche anno, di « diritto libero », nel quale, come unico criterio di giustizia, era rimasta, in luogo della tecnica classificatoria dei giuristi, la sensibilità sociale dei giudici popolari, e tutto il diritto si era ridotto alla fluida valutazione politica del singolo caso concreto. Ma questa specie di vacanza della legalità non è stata altro che un periodo di attesa e di preparazione, indispensabile per permettere l'organizzazione e il consolidamento di una nuova legalità, nella quale il nuovo ordine è codificato in leggi di cui i giudici sono non più liberi creatori ma vincolati interpreti. E quando ci sarà possibile conoscere direttamente, come finora la guerra ci ha impedito, i più recenti documenti legislativi della rivoluzione comunista, potremo leggervi la storia di questo rapido e fisiologico ritorno verso la legalità, cioè verso un ordinamento costituzionale in cui il momento legislativo precede nuovamente il momento giudiziario, e in cui tra il diritto e la politica torna in vigore una separazione tecnica d'organi e di metodi.

Ora, se più che sulla forma dei congegni costituzionali della Russia zarista e di quella comunista, ci fermiamo sulla sostanza delle leggi civili uscite da questi congegni, il raffronto tra queste ci dimostra che la crisi della legalità, che in Russia si è prodotta in questo trentennio, è stata il passaggio obbligato attraverso il quale si è affermata nel diritto una nuova realtà sociale. Nell'intervallo tra la legislazione zarista e quella comunista un mondo è crollato, un altro è sorto: solo attraverso questa frattura costituzionale, che è stata un mezzo e non uno scopo, una nuova economia e una nuova morale hanno potuto trovare sfogo in nuove leggi civili, espressione di una società profondamente diversa da quella crollata.

Viceversa, se noi poniamo a raffronto le leggi civili che esistevano in Italia e in Germania trent'anni fa con quelle create in questo trentennio dal fascismo o dal nazionalsocialismo, possiamo facilmente verificare che, nonostante gli sconvolgimenti costituzionali avvenuti col passaggio dalle forme liberali a quelle totalitarie, la sostanza economica e morale di esse leggi è rimasta quasi immutata. Tra il nostro codice civile del 1865 e quello cosiddetto « mussoliniano » del 1942, le differenze sono assai meno profonde di quel che potrebbe credere chi guardi soltanto all'etichetta: l'uno e l'altro sono espressione di una medesima organizzazione sociale; se vi è qualche differenza, si tratta non di capovolgimenti rivoluzionari, ma di parziali riforme marginali che non hanno alterato la fisionomia del vecchio sistema capitalistico, e che anzi, nel codice più recente, ne hanno accentuati ed esasperati certi caratteri.

Così, mentre in Russia la crisi costituzionale è stata il necessario e preordinato strumento di una rivoluzione sociale, in Italia e in Germania la crisi costituzionale è stata fatta a vuoto, non sotto l'urgenza di una impellente forza popolare ansiosa di creare una nuova legalità al posto di quella travolta, ma al solo scopo negativo di distruggere nella preesistente legalità i congegni attraverso i quali le forze popolari avrebbero potuto affermarsi e trionfare. Non dunque, nel fascismo e nel nazionalsocialismo, sospensione del diritto per lasciar passare la rivoluzione, ma soppressione del diritto per impedirle di aprirsi la strada; per riportare la legalità ad essere, da garanzia di libertà, strumento di autorità reazionaria.

II - *La legalità nella democrazia.*

Negli stati costituzionali usciti nel secolo XIX dalla rivoluzione francese, il diritto, sotto le più svariate forme dei governi rappresentativi, è fondamentalmente concepito come garanzia di libertà.

A questo concetto si è giunti storicamente per gradi. Da principio, già cinquant'anni prima che la rivoluzione abbattesse lo stato autoritario, gli illuministi (penso specialmente al Montesquieu in Francia, e da noi al Beccaria) affermarono come primordiale condizione di ogni libertà politica la *certezza del diritto,* conseguibile soltanto là dove il diritto sia formulato in leggi precostituite, e non rimesso all'arbitrio del caso per caso. Si intese che solo la legge dettata in anticipo per classi, in forma di ipotesi generali ed astratte nelle quali il giudice deve limitarsi a trovare per ogni caso concreto la casella già predisposta, può dare ai cittadini la certezza preventiva dei limiti entro i quali l'attività individuale può lecitamente svolgersi, e quindi dei limiti entro i quali è garantito praticamente l'esercizio della libertà. Così, ancora prima che sorgesse lo stato liberale, si cominciava nell'interno dello stesso stato autoritario a concepire la legge, secondo la tradizione romana, come l'unica salvaguardia contro l'arbitrio della tirannia: non, dunque, come strumento, ma come limite dell'autorità.

Ma questo non era che un inizio: il trionfo di questa concezione doveva aversi soltanto nello stato liberale e democratico, uscito con lungo travaglio dalla rivoluzione francese; nel quale, dalla premessa giusnaturalistica che ogni uomo conta come persona e che l'autorità dello stato non può distruggere questa insopprimibile realtà spirituale che è la libertà umana, sono scaturiti due fondamentali principî giuridici, che in forme diverse si ritrovano in tutti gli ordinamenti costituzionali del secolo XIX: il principio della sovranità

popolare, per il quale la legge, anzichè imposizione eteronoma di un'autorità posta al di sopra dei sudditi, è espressione di autonomia scaturente dalla partecipazione di tutti i cittadini alla formazione di essa (e in questo principio è l'essenza dello stato *democratico*); e il principio della intangibilità delle cosiddette « libertà individuali » (nel quale, colla proclamazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, sta l'essenza dello stato *liberale*), per il quale la onnipotenza della legge, che pur rispecchia la volontà della maggioranza dei cittadini, deve arrestarsi di fronte a certe libertà civili e politiche, che son riconosciute a tutti i cittadini anche se appartenenti alla minoranza, e che costituiscono intorno a ciascuno di essi una specie di fortilizio individuale, di cui lo stato costituzionale si impegna in anticipo a non tentare la espugnazione.

III - *Il nazismo distruttore della legalità.*

Contro la legalità basata su queste premesse hanno fatto irruzione il fascismo e il nazionalsocialismo, per distruggere con cieca furia i delicati congegni dello stato rappresentativo, nei quali questi principî avevano trovato da oltre un secolo riconoscimento positivo. Ma se, in Italia e in Germania, l'attacco contro i congegni della legalità è stato ugualmente condotto a fondo, i metodi sono stati diversi: il nazismo, con aperta e conseguenziaria improntitudine, ha distrutto la legalità; il fascismo, nella sua pacchiana pretesa di machiavellismo, ha preferito *falsificarla.*

La concezione costituzionale del nazionalsocialismo risale a ritroso il corso dei secoli, non solo al di là della rivoluzione francese, ma addirittura al di là della stessa idea più elementare di legalità: è il ritorno a quello che il Montesquieu considerava ai suoi tempi come il modello più tipico di ferocia dispotica, cioè al despotismo turco, dove non solo unica fonte dell'autorità era la volontà del principe, ma dove sarebbe stato irriverente pensar che il suo capriccio potesse comunque esser vincolato ad esprimersi in forma di leggi generali o ad attenersi a queste. Nelle dottrine giuridiche e filosofiche diffuse in Germania in questo ultimo decennio, si proclama che nello stato nazionalsocialista alla base del diritto sta l'interesse della comunità nazionale, lo spirito del popolo tedesco, la salvezza della razza, e così via; ma in realtà unico interprete di questo interesse e di questo spirito è il *Führer,* cioè un autocrate del tipo più tradizionale e più esecrando, insediatosi da sè, attraverso il brigantaggio politico della sua banda, al sommo dello stato. Allo « stato di diritto » guidato dalla sovranità popolare, i teorici del nazismo contrappongono il cosid-

detto « stato di giustizia » che sarebbe quello guidato dalla volontà del *Führer*; ma questa cosiddetta « giustizia » non è altro che lo schiacciamento totalitario, sotto la volontà di un solo, di ogni diritto e di ogni dignità individuale. Non soltanto sono aboliti tutti i meccanismi costituzionali, attraverso i quali, nello stato liberale e democratico, i cittadini partecipano alla formazione delle leggi; ma il concetto stesso di legge, e quindi di certezza del diritto, è superato. Si dà al giudice il potere di punire come reato ogni fatto, anche se non contemplato dalla legge come tale, che alla sua sensibilità politica sembri *a posteriori* incriminabile: si aboliscono le forme processuali, assorbite nella discrezionalità amministrativa; si proclama apertamente che i giudici son tenuti ad obbedire non alle leggi, ma alle istruzioni che caso per caso invierà ad essi, per ordine del *Führer*, il ministro della giustizia: l'intangibilità della cosa giudicata è abolita, perchè ogni sentenza può essere revocata, senza limiti di tempo, sotto il pretesto ch'essa appaia *contra bonos mores*. E colle garanzie processuali sparisce l'ultima parvenza di diritti individuali; il motto del nuovo ordine è la lotta contro il diritto soggettivo: *Kampf wider das subiektive Recht*. Il diritto, se ancora si può chiamare tale, è ridotto a mero strumento di forza; non si tratta della sospensione temporanea di una legalità per aver tempo di ricostruirne una nuova, ma di una vera guerra dichiarata ad ogni legalità per far posto allo sfrenato arbitrio tirannico, che non mira a ricostruire ma solo a distruggere ed a saccheggiare.

IV - *Il fascismo falsificatore della legalità.*

Eppure il fascismo ha saputo far di peggio; perchè, pur raggiungendo praticamente gli stessi fini, non ha avuto il coraggio di sopprimere sinceramente la legalità, ma ha preferito mantenerla ufficialmente sulla facciata, instaurando all'ombra di essa una pratica ufficiosa di effettivo illegalismo, destinato a toglier ogni serietà alle leggi figurative scritte sui codici. Il fascismo è stato il regime della legalità adulterata, della truffa giuridica organizzata d'autorità. Il sistema rappresentativo è abolito, ma al suo posto si istituiscono, nella camera e nel senato, assemblee di coristi vestiti d'orbace, che, col cantare gli inni « della patria e della rivoluzione » hanno l'ufficio di manifestare il delirante consenso della nazione alle leggi fasciste; i poteri regi son tutti trasfusi di fatto nel « capo del governo », ma la monarchia rimane sui francobolli come un emblema araldico; si proclama la indipendenza della magistratura, ma lo squadrismo ha l'incarico ufficioso di impedire ai giudici di far giustizia; si lascia in vi-

gore in apparenza nel codice penale il principio *nulla poena sine lege*, ma coll'istituzione del tribunale speciale e delle commissioni per il confino si dà al governo e alla polizia mano libera per perseguitar l'innocenza, e per trasformarla volta per volta, secondo le istruzioni che scendon dall'alto, in delitto capitale.

Sorge sotto il fascismo una nuova codificazione, a cui si dà il nome di « mussoliniana »; ma essa ha, come tutte le « opere del regime », la funzione meramente decorativa di tenere a bada la platea. Guai allo storico che per ricostruir la vera faccia del regime, si contentasse di leggere ciò che è scritto sui codici! In realtà tutto, in questo regime a doppio fondo, è diverso da quello che appar di fuori: c'è il re, ma chi solo conta è il « duce »; c'è il prefetto, ma, dietro di lui, si intravede per trasparenza il gesto autoritario del segretario federale: e così dietro l'esercito c'è la milizia; dietro la scuola c'è la G.I.L. Due burocrazie, una di stato e una di partito, si intrecciano e si compenetrano in questo curioso *monstrum* costituzionale, il cui carattere più tipico è la doppiezza: non si osa governar senza leggi, ma si istituisce come metodo di governo l'illegalismo autorizzato a farsi beffa delle leggi.

Così nazismo e fascismo arrivano per diverse vie e con metodi diversi a questa devastazione di tutti i congegni della legalità, che anche nel campo giuridico lascia dietro di sè lo squallore: come sulle strade dalle quali è passato il saccheggio, al posto degli antichi meccanismi costituzionali non si vedono più che informi macerie. Anche qui, come nei campi e nelle officine, bisogna ricominciare da capo.

V - *Il disprezzo delle leggi.*

Non sarebbe dunque esatto affermare che in Italia la crisi del diritto sia stata meno profonda che in Germania, solo perchè da noi, forse in omaggio a una tradizione di sapienza giuridica che nemmeno la tirannia ha potuto ignorare, si è figurato di salvare a parole il principio che il diritto si esprime mediante leggi generali e non mediante l'arbitrio del caso singolo: in realtà anche in Italia è stato messo in pratica in questo ventennio, pur senza avere il coraggio di proclamarlo ufficialmente, un subdolo sistema di falsificazione della legalità, in cui l'osservanza delle leggi era ad ogni passo intralciata e sospesa dal favoritismo e dalla corruzione politica.

E purtroppo questa devastazione non potrà non lasciar durevoli tracce nelle coscienze; fra le tante distruzioni di cui il passaggio della pestilenza fascista è responsabile, si dovrà annoverare anche quella, non riparabile in pochi anni, del senso della legalità: di quel senso

che, dopo secoli di servaggio, un cinquantennio di vita costituzionale aveva cominciato a educare nel popolo italiano. Solo nei regimi liberi dove ogni cittadino partecipa attivamente alla vita politica, la legge può esser sentita dal popolo come espressione dell'interesse comune, e il rispetto della legge può entrare nelle coscienze come un dovere quasi religioso di solidarietà sociale, come consapevolezza di quella reciprocità umana che costituisce la base morale del diritto. Ma per arrivare a questa concezione morale della legalità espressa in maniera sublime nel *Critone* platonico, occorre la libertà: dove la legge è imposizione di una tirannia, essa è odiata e vilipesa, e l'aggirarla nascostamente, nell'impossibilità di rinnegarla all'aperto, è l'unico modo che i sudditi hanno per protestare nell'ombra contro l'oppressione. Ora per vent'anni il fascismo ha educato i cittadini proprio a disprezzare le leggi, a far di tutto per frodarle e per irriderle nell'ombra. Mai come in questo ventennio di proclamata restaurazione autoritaria, l'autorità è stata altrettanto irrisa nelle sue leggi; mai in maniera così generale il trasgredirle è stato considerato come un dovere civico.

Gli stessi giudici erano i primi a violare ogni mattina come privati cittadini quelle leggi che un'ora dopo erano chiamati a far osservare in udienza come pubblici magistrati (si pensi alle leggi in materia annonaria o a quelle che vietano di ascoltare le radio straniere). In certi periodi la trasgressione di certe odiose leggi fasciste ha avuto il valore di una manifestazione politica o addirittura di un atto di patriottismo.

VI - *Libertà, condizione di legalità.*

Ma tutto questo lascerà anche nell'avvenire una traccia profonda nelle coscienze: questa ventennale istigazione all'illegalismo avrà aggravato nel fondo del popolo italiano quel senso di ostilità contro lo stato, quella mancanza di solidarietà civile, che purtroppo era, anche prima del fascismo, una triste eredità lasciata agli italiani dalla secolare schiavitù. Contro questo male nazionale, unico rimedio, sicuro ma lento, sarà il ritorno alla libertà: cioè a congegni costituzionali che sempre meglio si ispirino ai principî della democrazia rispettosa della dignità individuale e dei diritti delle minoranze. La crisi della legalità non potrà finire che colla fine dei totalitarismi; perchè solo dove esiste un regime democratico rispettoso delle libertà individuali la legge può esser sentita come autodisciplina voluta, non come tirannia imposta. Ma, naturalmente, come in tutti i ritorni storici di istituti temporaneamente caduti, lo stato liberale e democrati-

co dell'avvenire, pur conservando alla base il principio fondamentale del rispetto alla personalità umana, dovrà rinascere in forme molto diverse da quelle del secolo scorso, in modo da permettere ai meccanismi costituzionali della nuova legalità di raggiungere quei fini di giustizia sociale, dai quali la libertà individuale non può scompagnarsi senza rimanere una vuota parola. Forse, nella nuova legalità, i partiti saranno sempre meglio rafforzati e democraticamente organizzati, per assumere con sempre maggior consapevolezza nei congegni legislativi le funzioni di organi preparatori delle leggi; il sistema liberale sarà difeso con opportune cautele costituzionali contro gli attentati delle correnti politiche negatrici della libertà; e l'ambito dei diritti di libertà, che dovranno ancora una volta esser proclamati come baluardo intangibile contro il ritorno di ogni totalitarismo, sarà allargato fino ad includervi garanzie che valgano a bandire dalla società lo sfruttamento dell'uomo sull'uomo. I « diritti dell'uomo e del cittadino » diventeranno, nella nuova legalità che l'avvenire si appresta a ricostruire, i « diritti del lavoratore ».

(*dicembre* 1944).

B

Nel limbo istituzionale

I - *Costituente a scoppio ritardato.*

La situazione costituzionale in cui si è venuto a trovare il popolo italiano dopo la proclamazione della costituente, contenuta nel decreto legge luogotenenziale 25 giugno 1944, n. 151, è paradossale: il caso costituisce, sotto l'aspetto politico, un *monstrum unicum* che non ha precedenti nella storia.

Anche i non giuristi sanno all'incirca che costituente significa ricostruzione *ab imis* di tutto il sistema costituzionale. A un certo momento della sua storia, un popolo si accorge che l'ordinamento costituito non corrisponde più alle sue esigenze politiche, e rivendica a sè, respingendo ogni ostacolo giuridico che potrebbe venirgli da quell'ordinamento, il potere di scegliersi e di organizzare liberamente le istituzioni meglio rispondenti alle nuove aspirazioni della maggioranza. C'è dunque, nella proclamazione della costituente, un necessario distacco dalle istituzioni finora in vigore, una implicita dichiarazione di sfiducia nel vecchio ordinamento e quindi un'inevitabile *rottura di continuità giuridica* tra il vecchio e il nuovo. Colla costituente « *incipit vita nova* »: questo proposito di radicale rinnovamento costituzionale affiora anche nelle formule del decreto sopra ricordato, il quale, nella intitolazione e nell'art. 1, assegna appunto alla convocanda assemblea costituente la funzione di « deliberare la *nuova* costituzione dello stato ».

Tutto questo sarebbe, anche in Italia, assai semplice e chiaro; ma le complicazioni e le incertezze sorgono qui dalla straordinaria situazione di fatto in cui il popolo italiano si è trovato (e continua a trovarsi mentre scrivo) al momento in cui ha proclamato la costituente. Questa situazione si può riassumere in due punti, i quali non son che due aspetti del perdurante stato di guerra: primo, l'occupazione nemica dell'Italia settentrionale, che rende per ora praticamente impossibile la convocazione di una costituente in cui sia libera di esprimersi la volontà di tutto il popolo italiano; secondo, le premi-

nenti esigenze militari della guerra condotta sul nostro territorio, le quali non consentono, fino a che c'è da combattere contro il nazi-fascismo, di aprire colla costituente un dibattito interno che impegnerebbe tutte le forze politiche della nazione e le distrarrebbe dal fine più urgente della comune vittoria contro il nemico esterno.

E' stata appunto questa situazione internazionale e militare che ha portato il decreto 25 giugno 1944, mentre apriva il varco alla costituente, a dissociarne la *proclamazione* dalla *convocazione*: tale decreto infatti, mentre da una parte ha proclamato la decisione del popolo italiano di riprendere in sue mani il potere di deliberare in una assemblea costituente la nuova costituzione dello stato, ha dovuto dall'altra rinviare a miglior tempo, cioè a « dopo la liberazione del territorio nazionale », la convocazione pratica di quest'assemblea. Ne è venuta fuori così una specie di costituente *a scoppio ritardato*, i cui effetti esplosivi non potranno farsi sentire che alla scadenza del termine che rimane per ora di incerta durata.

Nell'attesa che la costituente, in tal modo predisposta e caricata, possa funzionare, è stata imposta ai nervi degli italiani, già tanto scossi dalla guerra, una prova così dura che solo un popolo profondamente civile e consapevole delle sue responsabilità poteva fermamente sostenere. E sarà sostenuta fino in fondo: ma i nostri amici stranieri, che con qualche ironia hanno parlato in un certo momento dei « contorcimenti » del popolo italiano, dovrebbero rendersi conto dell'eccezionale spirito di tolleranza che una prova così difficile ha richiesto e richiede a una nazione.

II - *Forzata sosta tra due tappe di una rivoluzione.*

Considerate sotto l'aspetto giuridico, le rivoluzioni, anche quelle fortunate che si svolgono senza violenze di piazza, si possono idealmente scindere in due fasi: una *distruttiva*, che consiste nella demolizione dell'ordinamento giuridico precedente, ed una *costruttiva*, che consiste nella riedificazione dell'ordine nuovo. Tra queste due fasi, di solito, non vi è discontinuità storica e cronologica: la negazione della legalità vecchia è, quasi sempre, contemporanea affermazione di una nuova legalità. Il vuoto giuridico, che vorrebbe dire disordine e caos, non può prodursi senza mettere in mortale pericolo l'esistenza della società. Anche del diritto si potrebbe dire, come della natura, che ha orrore del vuoto. Per questo nei periodi rivoluzionari accade quasi sempre che le due fasi della trasformazione costituzionale, che il giurista nei suoi schemi astratti può analizzare disgiunte, si intersecano e si sovrappongono: come nei diboscamenti di marzo, sotto il

taglio dei rami secchi già si vedono spuntare le gemme degli arbusti in crescenza.

Ma in Italia le sorti della guerra hanno prodotto non solo la scissione pratica di questi due momenti teorici, ma addirittura il loro visibile distanziamento nel tempo: il che ha portato nella fase intermedia (quella in cui viviamo) al costituirsi ed al prolungarsi di un regime singolarissimo di *vacanza giuridica,* durante il quale il popolo italiano è stato costretto a vivere sospeso tra due mondi, quello di una legalità già condannata a morte, e quello di una legalità desiderata, ma non ancora vivente.

La proclamazione della costituente avvenuta in Italia col decreto 25 giugno 1944 è stata indubbiamente un atto rivoluzionario: la consacrazione legislativa di una rivoluzione in corso, la chiusura della fase distruttiva e insieme l'apertura della fase ricostruttiva di essa. Forse non tutti hanno misurato subito, in Italia e fuori d'Italia, la portata rivoluzionaria di quel decreto, solo perchè esso non era stato partorito da sommosse e da barricate. Ma questo è accaduto perchè la tradizionale scenografia delle violenze rivoluzionarie era stata resa inutile, nel nostro caso, dalla guerra che era passata prima a spazzare il mondo, con una furia devastatrice superiore a quella di qualsiasi rivoluzione. Quando la vittoria delle armi alleate ha portato all'Italia la libertà, il popolo italiano si è accorto che sotto le macerie delle sue città erano state demolite anche le istituzioni: dell'opera distruttiva di una rivoluzione non c'era più bisogno, perchè per il passaggio della guerra la distruzione era già un fatto compiuto.

La proclamazione della costituente è stata dunque l'espressione della volontà del popolo italiano di mettersi immediatamente alla ricostruzione costituzionale sulle rovine di un regime già crollato. Ma qui è sorto l'ostacolo: il caso, mai visto prima d'ora, di una rivoluzione *girata al rallentatore.* Mentre la proclamazione della costituente avrebbe dovuto logicamente portare all'immediato inizio del procedimento per la sua convocazione, perchè lo stesso impeto rivoluzionario che rovescia le vecchie istituzioni ha in sè, se si tratta di rivoluzione vera, la capacità di dar vita senza tardare un'ora a quelle destinate a prenderne il posto, il popolo italiano è stato messo dalle circostanze nella impossibilità costituzionale di ricostruire. La convocazione della costituente già proclamata, cioè la possibilità di tradurre in atto la capacità ricostruttiva della rivoluzione, è stata rinviata a una scadenza lontana e non certa, di semestri e forse di anni. Così noi dobbiamo vivere in questa specie di limbo istituzionale, tra i residui di queste vecchie leggi cadute in discredito che ammorbano l'aria, ma che pure non si possono sostituire con nuove leggi, perchè ci mancano per ora gli ordigni costituzionali per fabbricarle.

Viene in mente, quando ci si mette a analizzare questa situazione di forzata attesa costituzionale, la tragica sorte degli abitanti delle zone devastate, costretti a vivere tra le macerie delle loro case distrutte: che, nella impossibilità di ricostruire per ora i muri maestri, si devono contentare di tirare una tenda o di appoggiar quattro tavole a tettoia tra due tronconi di pareti pericolanti.

Anche noi, in questo arduo periodo della nostra vita nazionale, siamo costretti a vivere sotto baraccamenti costituzionali di fortuna.

III - *La pia illusione della continuità costituzionale.*

Non c'è bisogno di lunga indagine per comprendere quanto sia vana l'illusione di coloro che in questa situazione di fatto, nella quale sono rimaste in giuoco soltanto forze politiche preparatrici del diritto e quindi non ancora solidificate in diritto, vanno in cerca della cosiddetta « continuità costituzionale »: come se la proclamazione della costituente, anzichè brusca rottura d'ogni legame giuridico col passato, potesse considerarsi come normale svolgimento di una legalità preesistente.

Non bisogna lasciarsi illudere dalle apparenze, le quali, dal fatto che noi continuiamo ad osservare in quasi tutti i campi della vita sociale le leggi del periodo fascista, a cominciare dai codici, potrebbero farci credere che nulla vi sia di mutato intorno a noi e che la vecchia legalità sia tuttora in vigore. In realtà, la frattura della continuità costituzionale non esclude che molte leggi del regime precedente sopravvivano temporaneamente al crollo delle vecchie istituzioni: nessuna rivoluzione può cancellare d'un colpo, se vuol sfuggire all'anarchia, tutte le leggi che finora regolavano le relazioni sociali tra i cittadini; ma anche quando molte di queste leggi rimangono provvisoriamente in vigore, la continuità costituzionale è distrutta per il solo fatto che siano aboliti o trasformati, in seguito ad una brusca irruzione di forze politiche che la precedente costituzione non prevedeva e non regolava, gli organi supremi ai quali è affidato l'esercizio della sovranità. E' ad essi, cioè agli organi che si dicono appunto « costituzionali », che bisogna guardare per vedere se la continuità costituzionale ci sia ancora, o sia stata interrotta.

Ora, nel caso nostro, quale sarebbe il punto di partenza al quale dovrebbe oggi riattaccarsi il filo della continuità costituzionale? Non certo il regime fascista, precedente al 25 luglio 1943, il quale, nel punto stesso in cui cessò, si disfece improvvisamente in tutte le sue strutture costituzionali — duce, gran consiglio, camera dei fasci e

delle corporazioni —, come una carogna da lungo tempo putrefatta; sì da far pensare alla subitanea liquefazione del cadavere magnetizzato, descritta dal Pöe in una delle sue più raccapriccianti novelle. Per riannodare il filo costituzionale bisognerebbe dunque risalire più in là, alla costituzione prefascista, che fu in vigore fino al 28 ottobre 1922.

Questo è infatti, a quanto sembra, il viaggio a ritroso che vorrebbero fare gli zelanti fautori di questa tesi; i quali, per sostenerla, ragionano all'incirca così: — Fino al 28 ottobre 1922 esistè in Italia (essi dicono) una monarchia costituzionale rappresentativa, basata sullo statuto albertino, il quale all'articolo 65 riconosceva al re il potere di nominare i ministri e di revocarli. L'instaurazione del fascismo non fu una rivoluzione, ma fu soltanto un atto di ordinario esercizio di questo potere. L'esito trionfale della marcia su Roma aveva persuaso il sovrano ad aver fiducia nella politica di Mussolini e a dargli l'incarico di formare il nuovo governo. La fiducia del sovrano resistè più di vent'anni; ma dopo un ventennio, a causa di qualche evento spiacevole che sopravvenne, il re ebbe il sospetto che quel grande statista avesse commesso qualche esagerazione, e gli revocò l'incarico. L'arresto di Mussolini ordinato dal re il 25 luglio 1943 non fu una crisi costituzionale, ma semplicemente un cambiamento di ministero: più che di un arresto, si trattò di un congedo *protetto,* dato dal sovrano a un ministro che aveva ormai esaurito i suoi compiti. E l'incarico dato a Badoglio fu il ritorno puro e semplice alla costituzione precedente al fascismo.

Ragionamento troppo bello per esser vero; poichè, come tutti sanno, durante l'esperimento ventennale non ci fu soltanto un cambiamento di uomini e di politica, ma ci fu il progressivo e radicale smantellamento giuridico di tutti quei congegni costituzionali che avevano formato, prima del fascismo, la fisionomia statutaria della monarchia italiana. Sotto il fascismo la monarchia cambiò i suoi connotati, fino a diventare irriconoscibile: cessò di esser *rappresentativa,* perchè i rappresentanti del popolo diventarono gerarchi ufficialmente nominati dal potere esecutivo; e cessò di essere *costituzionale,* perchè « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* » (*Décl. des droits,* 26 agosto 1789, art. 16). Ma cessò anche, a guardar ben sotto le etichette, di esser *monarchia*: e chi ritenesse il contrario, avrebbe molto da fare per determinare chi fosse il vero monarca. La invadente preminenza data in tutti i campi al « capo del governo » a spese del « capo dello stato », la sui sagoma costituzionale andava dimagrendo via via che le sue prerogative tradizionali si travasavano ad impinguare la maschia figura del primo; le limita-

zioni sempre più gravi, fino a giungere alla soglia dell'annientamento, al potere statutario del re di scegliere e revocare i ministri (leggi del 14 dicembre 1925 e 9 dicembre 1928); le incursioni del gran consiglio perfino nel campo della successione al trono e delle attribuzioni della corona (legge 9 dicembre 1928), — tutto questo rende sommamente difficile l'indagine dello storico spassionato che, dinanzi al barocco arruffio costituzionale del regime fascista, si proponga oggi, come nel vecchio giuoco infantile di pazienza, l'arduo compito di « trovare il re ». In realtà, sotto l'ultimo regime fascista, della monarchia non era rimasto che un nome ed un'effige sui francobolli (e stava per ritirarsi anche da quelli): il monarca si era ridotto ad essere una specie di luogotenente vitalizio del duce. Qualcuno, che se ne intendeva, definì questa ambigua situazione costituzionale come una « diarchia »; ma forse fu troppo concedere: con più esattezza i costituzionalisti più scaltri del regime, non osando adottare apertamente la denominazione sincera di « dogato » o « ducarchia », usarono la formula meno compromettente e più anfibologica di « regime del capo del governo ».

Sarebbe dunque contrario ad ogni realtà storica considerare il cambiamento che avvenne il 25 luglio 1943 come una specie di arcadico « ritorno allo statuto », sufficiente a riallacciare le istituzioni alla tradizione costituzionale interrotta dal fascismo. Il fascismo non fu un di quei tumori benigni che a un certo punto si posson recidere con un atto chirurgico senza che rimanga contagiato l'organismo che li ospitò: monarchia e fascismo erano diventati un'unica compagine costituzionale, un intreccio morboso di aderenze e di formazioni neoplastiche, ormai saldate per la vita e per la morte. Caduto il fascismo non poteva rimanere in vita lo statuto, per la semplicissima ragione che lo statuto, da molto tempo, *non c'era più*: in un sistema « flessibile », com'era quello italiano, in cui anche la costituzione poteva essere modificata per mezzo di leggi ordinarie, lo statuto aveva cessato di esistere da quando il re aveva sanzionato le leggi fasciste che pezzo per pezzo lo avevano assorbito. Il fascismo era diventato lo statuto: e dietro di esso non c'era più che il vuoto costituzionale. E' vano, dunque, configurare il crollo del 25 luglio 1943 come una ripresa di continuità costituzionale; quello che avvenne in quel giorno ebbe un solo significato: che era finito il fascismo e con esso la monarchia. Da quel momento non c'era più che una situazione *di fatto*, in cui, spezzata ogni continuità giuridica colle istituzioni crollate, tutti i problemi si ponevano ormai sopra un piano *esclusivamente politico*.

IV - *La frattura costituzionale operata dal decreto del 25 giugno 1944.*

Questa rottura d'ogni continuità costituzionale col passato appare evidente a chi si metta ad esaminare con pacato criterio giuridico le disposizioni del decreto legge luogotenenziale 25 giugno 1944; che rappresenta oggi per l'Italia, prima della convocazione della costituente, l'unica *carta costituzionale provvisoria* di questo periodo di attesa.

Se fosse possibile fare qui un raffronto analitico tra i provvedimenti legislativi che furono presi in Italia dal governo Badoglio nel periodo 25 luglio-8 settembre 1943, con quelli presi dai governi successivi costituiti dopo la liberazione, si vedrebbe che vi è stata tra essi una netta divergenza di direttive costituzionali: mentre i primi avevano avuto di mira la *restaurazione* della monarchia nelle forme statutarie anteriori al fascismo, i secondi (quelli che ormai soli contano) hanno voluto aprire il varco al *rinnovamento* della costituzione, da compiersi fuori da ogni vincolo giuridico colle forme istituzionali del passato.

Basta per convincersi di ciò, leggere l'art. 1 di quel decreto: il quale, proclamando che « dopo la liberazione del territorio nazionale le forme istituzionali saranno scelte *dal popolo italiano* », senz'aggiungere, come la continuità costituzionale basata sullo statuto albertino avrebbe suggerito, « d'accordo colla monarchia », vuole chiaramente affermare che il potere costituente è stato riassunto per intero *dal popolo* (da tutto il popolo, da nessun altro che dal popolo), e che la costituzione precedente, la quale secondo i vecchi costituzionalisti doveva considerarsi come un patto tra re e popolo, è stata definitivamente denunciata e sorpassata. Con questo non si esclude che la costituente popolare potrebbe, se la maggioranza del popolo lo voles se, tornare alla forma monarchica; ma sarebbe, in ogni caso, una monarchia nuova, creata dal popolo per sua deliberazione sovrana, e non una monarchia negoziata, uscita fuori dal patteggiamento tra il popolo e la vecchia dinastia ormai licenziata.

Basta questo per fare intendere come il decreto 25 giugno 1944 si sia lasciato alle spalle, e a grande distanza, lo statuto albertino. E' noto che quello statuto apparteneva alla categoria delle carte cosiddette « ottriate », cioè concesse per atto unilaterale da un sovrano assoluto, che di sua « certa scienza e regia autorità » (come si legge nel suo preambolo) lo « ordinava » prescindendo da qualsiasi consenso popolare. E' evidente che con un siffatto statuto non era in alcun modo conciliabile l'idea di una rinnovazione di forme istituzionali deliberate dal popolo *senza il concorso del re*: e poichè proprio questa è l'idea tradotta in legge nell'art. 1 del decreto 25 giugno

1944, ciò significa che quel decreto è stato la pietra tombale posta sulla « monarchia rappresentativa » del 1848.

Vero è che all'inizio della vita costituzionale italiana la monarchia promise la costituente a complemento dei plebisciti; e che quando poi, nel cinquantennio di regno, i partiti di sinistra rinfacciavano periodicamente la promessa non mantenuta, si trovò sempre qualche monarchico pronto a ribattere che la costituente avrebbe dovuto in ogni caso svolgersi nell'ambito della monarchia. Ma chi sosteneva questo, prendeva le mosse dalla legge sarda 11 luglio 1848, n. 747, nella quale la costituente promessa dal re di Sardegna era stata prudentemente ingabbiata entro una formula destinata a renderla innocua: « Col mezzo del suffragio universale sarà convocata una comune assemblea costituente *la quale discuta e stabilisca le basi e le forme di una nuova monarchia costituzionale con la dinastia di Savoia...* ». Si doveva trattare dunque di una costituente a rime obbligate, col permesso dei superiori: nuova costituzione sì, ma purchè fosse per la monarchia e colla dinastia. Ma queste limitazioni, che erano nella legge 11 luglio 1848, non si trovano più, nè l'una nè l'altra, nel decreto 25 giugno 1944. La costituente proclamata nel 1944 sarà veramente, per la prima volta, il « patto nazionale » che voleva Giuseppe Mazzini: c'è voluto un secolo e due guerre mondiali perchè l'Italia abbia cessato di essere, come fu detto, « una semplice appendice dello stato sabaudo di diritto divino » e abbia dinanzi a sè finalmente aperta la strada per diventare lo stato nazionale creato per libera volontà popolare.

La conferma di questa determinazione chiaramente espressa nell'art. 1 si trova in altre disposizioni dello stesso decreto 25 giugno 1944 ed in leggi successive; e cioè: nell'art. 2 di quel decreto, che, abrogando la legge badogliana 2 agosto 1943 (concernente la elezione entro quattro mesi dalla cessazione della guerra di una nuova camera dei deputati), ha fatto intendere che la proclamazione della costituente aveva resa impossibile per sempre la resurrezione degli organi legislativi della vecchia monarchia rappresentativa; nell'art. 9 del decr. l. 27 luglio 1944, n. 159, che, assoggettando i membri delle assemblee legislative al giudizio dell'alta corte creata con questo decreto, ha dimostrato di considerar decadute le immunità già stabilite dagli art. 37, 45 e 51 dello statuto; e sopra tutto nell'art. 3 del più volte ricordato decreto 25 giugno 1944, che, introducendo per i ministri, in luogo del giuramento di fedeltà al re ed allo statuto, una formula significativa con cui essi giurano « di esercitare la loro funzione *nell'interesse supremo della nazione* », ha non soltanto segnato il distacco anche formale della nuova costituzione dallo statuto, ma ha sepolto per sempre la prerogativa del re di nominare e revocare i mi-

nistri (art. 65 dello statuto). Il gabinetto ha perduto così quella funzione di organo di collegamento e di armonia tra la corona e il parlamento che aveva nel sistema parlamentare, nel quale, col raccogliere insieme la fiducia del re e quella delle camere legislative, era destinato a realizzare il punto di incontro tra la volontà del monarca e quella del popolo. In tal modo la funzione mediatrice del governo, che costituiva la chiave di volta di tutto l'edificio della monarchia rappresentativa, è venuta meno: il governo, che nel sistema rappresentativo era anche espressione della volontà della corona, ha cessato di essere il « governo del re » ed è rimasto soltanto il « governo del popolo ».

Per arrivare a questa conclusione è superfluo ricordare gli episodi della crisi costituzionale attraverso la quale, appena liberata Roma, tutti i partiti democratici reclamarono come comune esigenza, ed ottennero, che i ministri fossero d'ora in avanti espressione non più della corona, ma soltanto del comitato di liberazione nazionale, cioè di quelle forze politiche rivelatesi nella lotta clandestina, che, fino a quando non fosse possibile una consultazione elettorale del popolo, dovevano considerarsi, esse sole, come rappresentative della volontà popolare. Non c'è bisogno di rifare la cronaca dell'antefatto, quando dal decreto del 25 giugno, che ne fu costituzionalmente il punto d'arrivo, questa fondamentale innovazione costituzionale appare consacrata in formule di diritto che non lasciano dubbi: il potere di scegliere le forme istituzionali restituito *per intero* al popolo, e intanto, nell'attesa, il governo non più legato agli interessi della dinastia ed allo statuto, ma destinato soltanto a servire « l'interesse supremo della nazione ». La formula statutaria del « bene inseparabile del re e della patria » non era più ormai che un ricordo storico: col decreto 25 giugno 1944 la separazione era già avvenuta, nel senso che il bene della patria rimaneva, separato ormai da ogni altra aggiunta, l'unica finalità superstite della nuova legalità rinascente.

Ma, a questo punto, sorge spontanea una domanda: che ci fu messo a fare, in questo governo provvisorio *di popolo,* il luogotenente?

V - *Il compromesso della « tregua istituzionale ».*

A questa domanda il costituzionalista non trova una risposta esauriente nelle formule giuridiche: per potersi render conto delle ragioni che portarono a inserire nella costituzione provvisoria del giugno 1944 quest'organo intruso che sembra in contrasto colle sue chiare premesse, bisogna rendersi conto delle circostanze militari e in-

ternazionali nelle quali l'Italia si trovava in quel momento. Solo chi tenga presente la costrizione esterna esercitata da quelle circostanze, arriva a comprendere le ragioni di questa ibrida commistione costituzionale che altrimenti sembrerebbe un assurdo.

Se l'Italia, nel giugno del 1944, non fosse stata divisa dalla guerra e ridotta tutta quanta a un campo di battaglia in cui tutte le esigenze dovevano necessariamente essere sacrificate all'esigenza militare, a nessuno sarebbe venuto in mente di inserire nella costituzione provvisoria una figura d'altri tempi qual è quella del « luogotenente generale del regno »: a proposito del quale il giurista consequenziario, che ne incontra all'improvviso la inaspettata menzione nell'art. 4 del ricordato decreto, potrebbe essere indotto a chiedersi ingenuamente quale possa essere il « regno » al quale vuol riferirsi questa luogotenenza.

Ma la storia, come tutti sanno, è sempre più sfumata e approssimativa delle taglienti formule dei giuristi. Qui, mentre da una parte si consacrava, nei primi articoli del decreto 25 giugno 1944, quella frattura rivoluzionaria della continuità costituzionale che era la premessa indispensabile della proclamazione della costituente, considerazioni attinenti alla necessità contingente di una partecipazione sempre più vasta dell'esercito italiano alla guerra di liberazione fecero ritenere opportuno (non si vuol dire che questa opinione fosse esatta) lasciare nei supremi comandi dell'esercito una certa *continuità militare*, che evitasse alle forze combattenti le pericolose irrequietezze di un brusco cambiamento di formule tradizionali. Si trovò così nella luogotenenza l'espediente per realizzare questa provvisoria continuità militare che era in realtà in aperto contrasto colla già proclamata discontinuità costituzionale, ma che aveva il vantaggio (o ci si illuse che avesse) di non turbare con dissensi politici e con casi di coscienza coloro che fino alla fine della guerra dovevano pensare soltanto a continuare a combattere: a questa soluzione di compromesso non rimase certo estranea da parte degli alleati (ai quali giustamente stava a cuore la eliminazione o il rinvio d'ogni turbamento politico che potesse intralciare lo svolgimento delle operazioni militari) la tradizione costituzionale inglese che, fedele al principio « *quieta non movere* », è sempre disposta a mantenere, anche quando la sostanza è mutata, la continuità delle forme.

Si addivenne così alla cosiddetta « tregua istituzionale », giuridicamente consacrata negli art. 3 e 4 del decreto del 25 giugno: una specie di transazione costituzionale, colla quale il governo popolare da una parte e il luogotenente dall'altra, « *aliquo dato, aliquo retento* », accettavano un *modus vivendi* provvisorio resultante da reciproci riconoscimenti e concessioni: da una parte il luogotenente, pur di

poter mantenere durante questo periodo di attesa la posizione formale di capo dello stato, riconosceva, apponendo la sua firma al decreto, quelle disposizioni di esso che significavano, come si è visto, ritorno di tutto il potere costituente al popolo, ed esclusione di ogni ingerenza del luogotenente nella scelta dei ministri; dall'altra parte il governo, pur di affermare questo definitivo concentramento di tutta la sovranità nel popolo, consentiva al luogotenente di continuare nel periodo transitorio ad esercitare sugli atti legislativi quei poteri formali di sanzione e di promulgazione che l'art. 7 dello statuto riservava un tempo al sovrano.

A questo compromesso si accompagnò la cosiddetta « tregua istituzionale », la quale non fu soltanto una intesa politica di fatto, ma fu un impegno giuridico consacrato espressamente nell'art. 3, il quale incluse nel giuramento dei ministri, in luogo della promessa di fedeltà al re e allo statuto, la promessa di « non compiere, fino alla convocazione della costituente, atti che comunque pregiudichino la soluzione della questione istituzionale ». A proposito di questa tregua, si possono fare alcune considerazioni di qualche interesse.

VI - *L'obbligo reciproco della buona fede.*

Si può rilevare prima di tutto che, quantunque l'art. 3, letteralmente inteso, par che voglia limitare l'impegno a una promessa unilaterale del governo, il carattere transattivo dell'accordo portava naturalmente a far ritenere, se la buona fede dei contraenti può aver qualche peso anche negli accordi costituzionali di questa natura, che si trattasse di un impegno bilaterale e reciproco. Si era prodotta così, come è facile intendere, una situazione estremamente delicata, che per non dar luogo a inconvenienti avrebbe dovuto essere di brevissima durata (come si sperava), e che in ogni modo avrebbe richiesto da parte di ambedue i contraenti uno spirito di assoluta lealtà e discrezione; quasi, si potrebbe dire, di pudore. Il luogotenente e il governo si impegnavano a non compiere atti ufficiali (e tra gli atti erano compresi anche i discorsi e le interviste) tali da turbare il pudico riserbo che doveva esser mantenuto sulla questione che più premeva: « pensarci sempre e non parlarne mai... ». Fino alla fine del viaggio, la luogotenenza e il governo dovevano comportarsi come quei due sposi timidi, appena saliti sul treno dopo le nozze: fra i quali il silenzio imbarazzato fu rotto per prima dalla sposa, che domandò: — Caro, a che cosa pensi? — E lo sposo, con un sorriso: — A quello a cui pensi tu. — E lei, arrossendo: — Spudorato! — E per il resto del viaggio restarono zitti.

Ma l'accordo non voleva in alcun modo significare che della questione istituzionale non si potesse discutere sulla libera stampa e nelle riunioni dei partiti, i quali hanno fin d'ora il dovere di orientare l'opinione pubblica su quello che sarà domani, appena finita la guerra, il problema centrale della ricostruzione politica dell'Italia; voleva significare soltanto che nè al governo *nè al luogotenente* era lecito servirsi dei poteri costituzionali riconosciuti provvisoriamente a ciascuno dei contraenti, per tentar di alterare, fino a che la liberazione del territorio nazionale non fosse compiuta, la struttura giuridica del *modus vivendi* tra essi concordato.

Si capisce, pensando a ciò, quanto sia stato giustificato, nel dicembre scorso, l'allarme dell'opinione pubblica, quando si vide il primo ministro rassegnare le sue dimissioni non al comitato di liberazione nazionale, dal quale egli aveva tratto la sua investitura, ma al luogotenente; e accettare un nuovo incarico proprio dal luogotenente, cioè da un organo al quale l'accordo costituzionale non riconosceva il potere di scegliere e nominare i ministri. Con questo ritorno alla nomina luogotenenziale dei ministri, che in tal modo tornavano ad essere, da fiduciarî del comitato di liberazione nazionale (cioè del popolo), incaricati fedeli del luogotenente (cioè della corona), si ricadeva, violando l'accordo, in una forma di governo che somigliava più a un governo assoluto che a un governo popolare: perchè, se i ministri tornavano ad essere espressione di una scelta fatta dalla corona, veniva a mancare con essi l'unico organo in cui potesse costituzionalmente esprimersi, prima della costituente, la volontà del popolo. Sicchè si potrebbe perfino domandare se dopo la crisi del dicembre scorso, che è stata risolta fuori dei termini dell'accordo del 25 giugno, la tregua istituzionale si possa considerare ancora in vigore.

VII - *Tregua anche nell'epurazione?*

In secondo luogo si deve osservare che la tregua istituzionale non poteva non significare, nello stesso punto, tregua nell'applicazione delle sanzioni contro il fascismo. I fatti successivi lo hanno chiaramente dimostrato: ma questa non è stata una sorpresa per chi fino da principio aveva capito che l'art. 2 del decreto legislativo 27 luglio 1944, n. 159, che dice di voler punire i « colpevoli di aver annullate le garanzie costituzionali, distrutte le libertà popolari, creato il regime fascista, compromesse e tradite le sorti del Paese condotto alla attuale catastrofe », era destinato a rimanere in gran parte impotente velleità fino a che rimanesse in vigore l'impegno del governo, consacrato nell'articolo 3 del decreto 25 giugno, di non compiere « atti che comunque pregiudichino la soluzione della questione istituzionale ».

Non c'è bisogno di essere raffinati giuristi per accorgersi che la questione delle responsabilità per l'annullamento delle garanzie costituzionali non solo si collega, ma addirittura *si identifica* colla questione istituzionale.

Quando ci si lamenta della lentezza e della incertezza con cui procede negli alti gradi la epurazione e la punizione dei delitti fascisti, e si incolpa di inettitudine o di scarsa energia l'alto commissariato o l'alta corte, si dimentica che l'uno e l'altra, con tutte le buone intenzioni di fare giustizia sul serio, si trovano ad ogni passo fermati nel loro cammino dai cancelli invalicabili della tregua istituzionale. Sotto l'aspetto strettamente giuridico par certo che l'art. 4 dello statuto albertino, che stabiliva il principio della irresponsabilità regia (e il corrispondente art. 279 del cod. pen. che ne costituiva un corollario), non è più in vigore, da quando si è spezzato, nel modo che si è visto, ogni vincolo di continuità costituzionale collo statuto di cui quell'art. 4 faceva parte: ma, al posto della irresponsabilità regia, è subentrata, in questo temporaneo accordo transattivo imposto dalle circostanze militari, la tregua istituzionale che porta praticamente alla stessa paralisi; finchè essa durerà, è un'illusione sperare che le sanzioni contro il fascismo possano essere applicate sul serio.

E' bene dirlo chiaro, e non continuare a credere che, con qualche ritocco ai procedimenti di epurazione, le cose, finchè questa situazione costituzionale continua, possano andare diversamente. Il processo Roatta insegni.

VIII - *Alla vigilia del governo provvisorio.*

Ma questa situazione di concordata paralisi costituzionale non è destinata a prolungarsi in eterno: essa, come già si è detto, è stata creata come necessario espediente di guerra; e finirà colla guerra.

Il carattere temporaneo del compromesso da cui il luogotenente ha derivato i suoi poteri è ripetutamente messo in evidenza dalle stesse formule del decreto che l'ha creato: si è già visto che l'art. 3 stabilisce che la tregua istituzionale dovrà durare « fino alla convocazione dell'assemblea costituente », e che l'art. 1 proclama che la costituente sarà convocata « dopo la liberazione del territorio nazionale ». La tregua istituzionale, dunque, dovrà cessare non appena la liberazione del territorio nazionale sarà compiuta: il che significa, se non m'inganno, che, appena liberata l'Italia, l'attuale governo di compromesso dovrà automaticamente cedere il posto a un governo provvisorio popolare, cui spetterà il compito di convocare e preparare la

costituente con garanzie tali che in essa il popolo, *e soltanto il popolo,* possa esprimere liberamente la sua volontà.

Se si deve partire dalla terminologia dei costituzionalisti, che chiamano governo *provvisorio* quello, che, sorgendo di fatto sulle rovine di un regime crollato, ha il compito di preparare e di mettere in opera i procedimenti per la costituzione di un nuovo ordinamento definitivo, bisogna concludere che il governo che attualmente regge l'Italia *non è neanche un governo provvisorio*: esso è, per così dire, l'anticamera o il preludio del governo provvisorio che dovrà formarsi quando tutta l'Italia sarà liberata; è un governo provvisorio *al quadrato,* perchè non ha altro compito che quello di aspettare, in questo intervallo di tregua istituzionale, il governo provvisorio *vero,* che dovrà a sua volta precedere e preparare la costituente e il governo definitivo che uscirà da essa.

Il governo attuale, pur avendo da svolgere una sua funzione utile, non ancora esaurita, che è stata ed è quella di reggere l'Italia fino a che durerà la guerra di liberazione nazionale, non possiede dunque i requisiti giuridici e politici indispensabili per un governo provvisorio a cui domani possa esser affidato con tranquillità il compito gravissimo di preparare la costituente. Perchè la costituente possa esser convocata, occorrerà prima che siano « stabiliti i modi e le procedure » per la sua convocazione: e proprio dalla predisposizione di queste procedure dipenderà in gran parte l'esito finale della costituente, il pacifico svolgersi delle sue operazioni, la sincerità democratica delle sue deliberazioni. Quando l'art. 3 del decreto stabilisce che la « tregua istituzionale » deve durare « fino alla convocazione della costituente », intende logicamente riferirsi al momento in cui, liberato tutto il territorio nazionale, il popolo italiano potrà liberamente dedicarsi a stabilire « i modi e le procedure » per tale convocazione. E allora, se la costituente promessa dall'art. 1 deve esser tale da garantire che le forme istituzionali siano liberamente scelte « dal popolo italiano », *soltanto dal popolo italiano,* libero da costrizioni interne ed esterne, — non è concepibile che i metodi di elezione della costituente, dalla bontà dei quali dipenderà in gran parte la riuscita della medesima, siano stabiliti da un governo che non sia, anch'esso, espressione del popolo italiano, *soltanto del popolo italiano.*

Queste considerazioni portano a ritenere che, anche nel pensiero di coloro che concorsero alla stipulazione della tregua istituzionale, la funzione del luogotenente sia stata concepita come destinata ad esaurirsi naturalmente il giorno in cui il governo italiano si troverà di fronte al problema della convocazione della costituente: in quel giorno tutto il potere legislativo dovrà essere concentrato in organi che rappresentino il popolo; il potere di sanzione e di promulgazione

delle leggi, che nell'articolo 4 del decreto rimane come l'ultimo ricordo di un sistema superato in cui il potere legislativo era esercitato cumulativamente dal re e dalle camere, apparirà allora ormai un anacronismo. L'espediente transattivo della luogotenenza sarà così terminato col terminar della situazione militare che lo consigliò: e il governo provvisorio dovrà esser riassunto per intero da organi di reggenza che, fiancheggiati da un'assemblea consultiva, siano nella loro totalità espressione di popolo, cioè, in concreto, dei comitati di liberazione, nei quali, quanto più si procederà verso il nord, sempre meglio si vedrà incarnata la diretta rappresentanza del popolo italiano rimasto in piedi dopo la catastrofe.

IX - *Nemo iudex in re sua.*

Non si deve dimenticare che la costituente, quando sarà adunata, non dovrà limitarsi a fare il bilancio preventivo delle nuove istituzioni, ma dovrà anche fare il disastroso bilancio consuntivo di quelle vecchie: non solo scegliere il governo dell'avvenire, ma anche, per orientarsi nella scelta, *giudicare* quello del passato: giudizio non solo dell'istituto monarchico come si può concepire in astratto, ma anche della dinastia come ha regnato in concreto. Potrà darsi che l'assemblea costituente si orienti verso la monarchia, ma non verso la stessa dinastia: si sente dire che a Roma sia già costituito un partito monarchico per la resurrezione della dinastia borbonica; e non è detto che alla gara non possano presentarsi altri concorrenti.

Tutto questo dimostra l'assurdità della situazione che si verificherebbe se al governo provvisorio che dovrà preparare e convocare la costituente e reggere il paese durante i suoi lavori, potesse partecipare il luogotenente come rappresentante non solo della monarchia, ma addirittura della dinastia che, nelle discussioni della costituente, figurerà all'ordine del giorno non come membro deliberante, ma come oggetto di deliberazione, come *thema decidendum*! Non si è mai sentito dire che a far parte di un organo giudicante possa esser chiamato il giudicabile; o che ci possa esser bisogno del suo consenso per stabilire le procedure del tribunale che dovrà giudicarlo; o che durante il processo possa esser lasciato a lui il comando delle forze di polizia a cui è affidato l'ufficio di garantire la tranquillità delle udienze e la imparzialità dei giudizi! Altrimenti, se si pensasse possibile il contrario, capiterebbe, al momento di stabilire i modi e le procedure per l'elezione della costituente, quello che già capitò a Bertoldo, quando il re, dopo averlo condannato ad essere impiccato, gli concesse per grazia il privilegio di scegliersi da sè l'albero per la ce-

rimonia: per quanto girasse scortato dagli sgherri per campi e per boschi, il meschino Bertoldo non riusciva a trovare in nessun posto il ramo che fosse adatto alla sua misura...

In questo limbo istituzionale in cui viviamo siamo dunque tuttora al di qua dalla soglia del vero governo provvisorio: non siamo ancora entrati in quella fase costituzionale che legittimamente si chiamerà *il governo provvisorio della costituente.* Tra le varie ragioni per le quali abbiamo tardato finora ad entrarvi, è il fondamentale equivoco in cui è incorso chi ha creduto che a formare un governo provvisorio, che è essenzialmente un governo di fatto scaturente dalle forze politiche vive e non dalla precedente legalità di cui esso costituisce la negazione rivoluzionaria, possano utilmente partecipare, a garanzia di un preteso « equilibrio » o di una illusoria « continuità costituzionale », i fantasmi delle istituzioni crollate; mentre la storia delle rivoluzioni dimostra che i governi provvisorî, per riuscire a ricostruire rapidamente e risolutamente la nuova legalità, bisogna che si appoggino unicamente sulle forze politiche rinnovatrici (in Italia le forze rappresentate dai comitati di liberazione) in mezzo alle quali i rappresentanti sopravvissuti delle istituzioni passate, da cui non si può umanamente pretendere che collaborino con lealtà alla propria liquidazione, non possono costituire che motivi di disordine, incentivi di urti violenti, ostacoli alla vera pacificazione.

Appena la guerra di liberazione sarà terminata, quel tesoro di civile saggezza che il popolo italiano è riuscito a salvare anche attraverso i decennî della carestia, provvederà a far sorgere pacificamente, senza bisogno di nuove violenze, un governo provvisorio formato in modo da garantire che la promessa della costituente sia, questa volta, mantenuta. Non temano gli amici lontani che la costituente possa riuscire anche questa volta, come essi ci hanno scritto dall'America, una « beffa » o una « frode »: noi che viviamo qui, in mezzo a questo popolo che ha ritrovato nel dolore la chiara coscienza di quello che l'Italia di domani dovrà essere, siamo ad ogni costo ottimisti.

No, questa volta la costituente non sarà una beffa. (Purchè, questo è inteso, non si raduni a Roma).

(*aprile* 1945).

C

Sulla riforma dei codici

1 - *La truffa delle etichette.*

Credo di non offender nessuno se remissivamente dichiaro che ogni mattina, quando al risveglio mi si affollano in mente da tutte le parti i problemi spasimanti di questa nostra giornaliera angoscia, il mio primo pensiero non è per la riforma dei codici.

Certamente era necessario cancellare subito dai codici alcune più repugnanti sconcezze, che, per ragioni diciamo così di decenza, non si potevano lasciare in vigore un giorno di più dopo la caduta del fascismo: alludo a tutte quelle disposizioni, isolate o facilmente isolabili, che erano state inserite alla superficie dei codici per dare ad essi il colore del regime, e che si son potute cancellare senza con questo alterar menomamente la struttura giuridica degli istituti entro i quali avevano preso stanza. Gran parte di queste disposizioni sono già state cacciate via coi provvedimenti d'urgenza dei mesi scorsi, come bestioline parassite che si estirpano colle pinzette e si buttano nella spazzatura: erano gli articoli introdotti d'autorità nei codici il giorno prima della pubblicazione, che volevano essere una affermazione programmatica dei principî « corporativi » o « razziali » o « fascistissimi », come l'art. 145 del cod. civile che imponeva ai genitori di educare la prole secondo « il sentimento nazionale fascista », o l'art. 155, che, in caso di separazione fra coniugi di cui uno di razza « non ariana », affidava in ogni caso l'educazione dei figli al coniuge « ariano », anche se la separazione fosse avvenuta per sua colpa; e quell'ameno articolo 1175, che aveva finalmente riportato i rapporti obbligatori alla moralità, coll'imporre ai contraenti di regolarsi secondo la « solidarietà corporativa »! Nè bisogna dimenticare che il maggior numero di queste disposizioni più spregevoli, da abolirsi a furore di popolo, erano sparse nei codici più profondamente attaccati dalla infezione fascista, cioè nel codice penale e in quello di procedura penale; nei quali già sono stati soppressi o riformati tutti quegli istituti che sotto il fascismo avevano funzionato come strumenti di

inquisizione poliziesca, o addirittura (penso al celebre art. 16 del codice processuale) come salvacondotto alla tortura.

II - *Disinfezione provvisoria e riforma definitiva.*

Questo, più che un lavoro di sistematica riforma, doveva essere un lavoro di prima disinfezione: ritocchi episodici operati d'urgenza qua e là, dove più imperiosa si manifestasse l'esigenza politica, non meditata e razionale rielaborazione di tutto il piano legislativo. Su questa strada dei ritocchi parziali e provvisorî si è già fatto molto nei mesi scorsi, e forse qualche altro passo si potrà fare ancora nell'immediato avvenire. Ma da questo alla riforma dei codici, ci corre: della quale si può senza danno cominciare a parlare fino da oggi tanto per acquistar tempo (magari adunando apposite commissioni per conversarne con più comodità), purchè si sia tutti ben d'accordo che per ora ci si sfoga a parole e non a fatti.

Con questo non voglio dire che il problema dei codici non esista e non sia tra i più complessi del nostro avvenire; nè mi dissimulo quanto possa essere mortificante e repugnante alla nostra sensibilità politica trovarci tra i piedi questa codificazione che fino a ieri abbiamo sentito clamorosamente magnificata come « mussoliniana », ed esaltata come opera monumentale di un gigantesco legislatore, di fronte al quale Giustiniano e Napoleone erano meschini pigmei. In un momento in cui si parla tanto di epurazione, può parere strano che non si cominci ad epurare i codici, che riproducono, fissata in articoli, la fisionomia giuridica del tempo fascista: mentre da tante parti si sente invocare il ritorno al senso della legalità, non ha torto chi osserva che un tale ritorno non sarà praticamente possibile finchè continueranno ad esserci imposte leggi di marca fascista, che rappresentano nella nostra coscienza la espressione sopravvissuta e lugubre di un regime di odioso illegalismo finalmente crollato.

Tutto questo è esatto. Ma basta questa situazione di innegabile ambiguità e disagio, questa tormentosa incertezza che deriva dal trovarsi così, anche per quel che riguarda i codici, tra due mondi, a render plausibile una immediata radicale riforma di essi, o addirittura, come alcuni sostengono, la loro immediata abolizione? Se la politica consiste non nel cercare le soluzioni teoricamente perfette ma la meno imperfetta tra le soluzioni praticamente possibili, ritengo che per la questione dei codici la soluzione più saggia sia per ora quella di sopportarli alla meglio così come sono: in modo che il necessario prolungarsi del loro esperimento possa servir sempre meglio, ora che c'è la libertà a far da reagente, a render visibili e a far precipitare gli elementi

impuri che vi sono ancora disciolti, e a facilitare, quando alla riforma si potrà pensare sul serio, la definitiva chiarificazione di quel che rimarrà.

III - *La codificazione truccata.*

Intanto, quando si parla di codici « mussoliniani » o « fascistissimi », bisogna stare attenti a non lasciarsi intorbidare le idee dalle etichette. Questa di appioppare l'emblema fascista sulle vecchie mura riscialbate, come sulle vecchie idee spolverate e rimesse in circolazione, è stata una costante tattica del fascismo, che anche nel campo intellettuale e scientifico è stato sempre « annessionista »: nel senso di appropriarsi idee ed opere altrui, e farsene un merito.

Al tempo del fascismo, se un cittadino scamiciato si era gettato a nuoto nel fiume in piena per salvare un ragazzo in pericolo di annegare, l'episodio diventava il giorno dopo, nelle cronache del regime, il « generoso eroismo di una camicia nera ». La stessa sorte è toccata ai codici: i quali, fabbricati in buona parte sulla base di dottrina e giurisprudenza anteriori al fascismo, o elaborati per ragioni di studio da tecnici che erano fascisti solo di nome, o addirittura, alcuni, apertamente ostili al fascismo, sono stati poi anch'essi decorati col fascio littorio e presentati al mondo, in un qualunque 28 ottobre, tra le « opere del regime ». Bisogna tener conto di questo per non affrettarsi ad abolirli solo perchè si vuole abolire la loro etichetta: altrimenti si farebbe come chi volesse abolire le ferrovie elettriche, e tornare magari alle diligenze, solo perchè l'elettrificazione di certe linee, che è stata indubbiamente un progresso tecnico, è avvenuta mentre c'era il fascismo, e perchè le locomotrici, che pur erano macchine capaci di portare velocemente un treno, ostentavano sulla testata il solito fatidico emblema.

In realtà, se su alcune zone della legislazione le idee autoritarie e corporative del fascismo hanno lasciato tracce non soltanto verbali, molte parti dei nuovi codici si son limitate ad essere un miglioramento tecnico della legislazione precedente, senza alcuna profonda infiltrazione di quelle idee. Si pensi per esempio a certi libri del codice civile: moltissimi articoli, se si mettono a confronto colle norme corrispondenti del codice del 1865, si vede che non costituiscono in alcun modo l'introduzione nella nostra legislazione di nuovi principî portati dal fascismo, ma rappresentano soltanto la soluzione di vecchie dispute giurisprudenziali agitatesi per settanta anni tra gli interpreti del vecchio codice e oggi finalmente superate con formulazioni tecnicamente più perfette, alla cui elaborazione ha continuato a dar opera anche in quest'ultimo ventennio una tradizione scientifica che neanche il fascismo ha potuto soffocare.

Il fascismo, come non ha potuto durante il suo ventennio impedire agli alberi di continuare a metter foglie ad ogni primavera, così non ha potuto impedire al pensiero scientifico di continuare a difendere, con fedele sotterranea ostinazione, la continuità tra il passato e l'avvenire. Ciò è avvenuto anche nel campo della scienza giuridica; la quale, nel preparare i codici poi entrati in vigore coll'emblema fascista, ha suggerito soluzioni di problemi tecnici che sarebbero state adottate identiche anche se non ci fosse stato il fascismo, semplicemente perchè a quelle conclusioni portava il progresso degli studi e l'evoluzione storica della vita sociale.

Con questo non voglio dire che la codificazione sia da considerarsi soltanto come opera di pura tecnica, che abbia potuto svolgersi all'infuori di ogni influsso politico. I codici, come tutte le leggi, sono sempre l'espressione conclusiva e riepilogativa di una certa politica: il diritto è sempre il punto d'arrivo di certe forze sociali, che per un certo periodo, prima di arrivare ad esser leggi, si sono fatte strada come tendenze politiche. Ma il fascismo, quando ha presentato la sua codificazione come espressione di una rivoluzione politica, ha, come sempre, barato al giuoco. Gran parte della legislazione fascista, anzichè espressione di un clima « rivoluzionario », è stata la rielaborazione, o soltanto la riverniciatura, di concezioni politiche e di sistemazioni scientifiche anteriori al fascismo. Il movimento di riforma che ha portato ai nuovi codici era già in corso, quando è venuto il fascismo, da molti decennî, forse da un cinquantennio: e la funzione politica del fascismo, più che quella di suggerire nuove soluzioni giuridiche dei problemi sociali già posti prima di esso, è stata semmai quella di accelerare i tempi della riforma in corso, in modo da farla arrivare affrettatamente a conclusione e da poterla poi presentare ufficialmente, anche se mal compiuta, come un'opera originale del regime. Chi si metta ad esaminare oggi con serenità la legislazione cosiddetta fascista, rimane stupito nel rilevare come, al confronto della legislazione precedente, siano poche e grame le idee nuove che essa contiene. I campi in cui nella codificazione il fascismo è riuscito ad avere una sua politica e quindi a dire una parola nuova, sono stati limitatissimi: l'autoritarismo poliziesco nella legislazione penale, lo statalismo corporativo in certe zone del codice civile, specialmente nel libro del lavoro, e poco più. Ma per il resto le leggi cosiddette fasciste sono state l'esponente di un sistema sociale ed economico precedente al fascismo, e di un pensiero giuridico già maturo prima di esso.

Chi legga i progetti di riforma delle leggi italiane formulati nel 1919 dalla commissione per il dopoguerra presieduta da Vittorio Scialoia, vi troverà quasi tutti gli spunti di quei ritocchi tecnici che sono stati poi fatti passare dal fascismo come sua invenzione: nel codice

civile vigente, ad esempio, il libro delle obbligazioni o quello delle successioni non sono stati che il miglioramento tecnico, tutt'altro che rivoluzionario, delle corrispondenti parti del codice civile del 1865; il principio ispiratore del nuovo processo civile, che è quello della oralità e della « immediatezza » tra giudice e parti, è un'idea che il Chiovenda cominciò a bandire nel 1909, sull'esempio delle più moderne leggi processuali degli stati europei, compresi quelli tradizionalmente liberali come l'Inghilterra.

Così molte volte il fascismo ha fatto suoi, forse senza accorgersene, istituti che, a ben guardare, erano in contrasto cogli stessi principî della sua « rivoluzione »: anche la denominazione di « rivoluzionari » con cui sono stati qualificati i codici cosiddetti mussoliniani, è stata dunque una truffa, alla quale, a forza di dirlo, hanno finito col credere gli stessi truffatori!

Da tutto questo mi par che risulti che l'urgenza di buttar giù in blocco la codificazione fascista è in sostanza meno impellente di quel che può parere al profano che si lascia impressionare dalle parole.

L'opera di « disinfezione » limitata agli istituti di marca nettamente fascista facilmente individuabili nella massa dei codici, potrà esser continuata in questo periodo transitorio attraverso leggi speciali, via via che se ne sentirà il bisogno. Quello che è stato fatto colle leggi speciali che hanno cancellato dal codice penale la pena di morte o che hanno già riformato, col ritorno alla giuria popolare, la costituzione delle corti d'assise, si potrà fare, nel codice civile o in altri codici, per tutte quelle disposizioni che non hanno più senso dopo l'abolizione dell'autoritarismo corporativo. Ma per fare la grande riforma bisogna ancora aspettare: aspettare che l'Italia sia liberata, che l'Italia abbia un governo stabile, che l'Italia abbia una costituzione: che l'Italia, insomma, (e speriamo presto) *possa parlare.*

IV - *Prima la costituzione e poi i codici.*

I fautori della immediata riforma dei codici par che si siano dimenticati di una piccola cosa: che, cioè, prima di pensare a riformare le leggi civili e penali, bisogna pensare a rimettere in piedi le leggi costituzionali; prima di pensare a rifare il diritto, bisogna pensare a rifare la costituzione, che è, per così dire, la macchina indispensabile per fabbricare il diritto.

Anche nel campo giuridico ci troviamo in Italia in una condizione molto simile a quella in cui la guerra ci ha ridotti nel campo industriale: prima di rimetterci a fabbricar le merci di consumo, bisogna pensare a ricostruire le macchine necessarie per fabbricarle. Ora in Italia

la macchina costituzionale, come tutti sanno, è rotta. Noi viviamo oggi, anche nel campo giuridico, in una situazione di paradosso: da quando è stato stabilito che, appena liberata l'Italia, il popolo deciderà del suo governo in assemblea costituente, le vecchie istituzioni hanno ricevuto il preavviso di licenziamento e rimangono in carica soltanto per il disbrigo delle pratiche di ordinaria amministrazione; ma quali saranno le nuove istituzioni che ne prenderanno il posto, nessuno ancora lo sa. L'Italia oggi si trova in una specie di limbo costituzionale: tra l'ombra funebre di un mondo giuridico già crollato alle sue spalle, che, per quanto si sforzi di apparir persona, non è ormai che vanità: e l'ideale ancor vago di un mondo giuridico che si annuncia nell'avvenire, il quale non ha ancora gli strumenti costituzionali per prender coscienza di sè e per esprimersi.

Come è possibile, in tale situazione, pensare sul serio alla riforma dei codici? Il governo che oggi regge l'Italia è un governo provvisorio: e forse *qualcosa di meno di un governo provvisorio.* Il suo unico ufficio è quello di preparare lealmente la costituente, se non addirittura quello ancor più effimero di precedere il governo provvisorio che dovrà prepararla: in nome di chi questo governo di emergenza potrebbe sul serio presumere di risolvere, o anche soltanto di pregiudicare, il problema della riforma dei codici, la cui risoluzione, quando verrà, dovrà fissare per qualche decennio, forse per mezzo secolo, la vita giuridica della nazione?

Nessuno protesterà se nell'attesa si aduneranno a Roma le commissioni nominate dal ministro della giustizia per discuter tra loro i problemi della riforma; ma deve restar ben inteso che esse non hanno altra funzione che quella di esprimere le opinioni individuali dei valentuomini che le compongono.

Che un gruppo di rispettabili e colti avvocati adunati a Roma si presentino come fautori di questa o di quella tendenza intorno ai lineamenti che dovrà aver nell'avvenire la legislazione della nuova Italia, questo è un episodio di cronaca, da mettersi accanto, proprio sullo stesso livello, a quello di altre adunanze che allo stesso scopo sono state o potranno esser tenute da altri avvocati a Firenze o a Palermo, a Genova o a Milano. Le opinioni che esprimeranno queste commissioni romane saranno altamente interessanti e degne di attento studio; ma l'opinione dell'Italia, che pur dovrà dir la sua parola per risolvere il problema dei codici italiani, sarà evidentemente un'altra cosa.

V - *Codificazione e rivoluzione.*

E poi, anche se fin d'ora esistessero gli organi costituzionali capaci di esprimere validamente la volontà di tutta l'Italia, bisognerebbe

allora non dimenticare che le riforme legislative, specialmente quelle fondamentali e radicali come dovrebb'essere la riforma dei codici, non si mettono all'ordine del giorno all'improvviso, per un capriccio del legislatore. Per essere una cosa seria ogni codificazione deve essere l'epilogo di una evoluzione sociale svoltasi lentamente nei decennî, o di una concentrata ma non illusoria rivoluzione. I nuovi codici italiani, quando potremo averli, dovranno essere il frutto di una profonda trasformazione della vita sociale: a questa bisogna pensare, prima di pensare ai codici, i quali sono soltanto la forma conclusiva di una sostanza storica che non si improvvisa, e la cui elaborazione è compito non dei giuristi, ma dei politici: ossia del *popolo*. Solo quando avremo saputo che cosa rimarrà della proprietà privata, si potrà riformare quel libro del codice civile che regola i diritti reali; solo quando avremo saputo qual posizione la nuova economia e la nuova coscienza sociale assegneranno al lavoro e al capitale, si potrà riformare in maniera coerente il libro del codice civile che regola i rapporti di lavoro. I giuristi, per loro insopprimibile natura, hanno funzione di retroguardia: giungono per ultimi a sistemare il terreno e a sgombrar le macerie là dove sono passate le rivoluzioni. Per questo la legislazione fascista non è stata una di quelle codificazioni che segnano una data, perchè nel campo sociale non è stata preceduta da una rivoluzione; nè si può qualificare come « fascista » o come « rivoluzionaria » una codificazione che, per gran parte, ha rappresentato soltanto il resultato di una evoluzione quasi secolare che si iniziò dal 1865, e di cui il fascismo altro non ha fatto che segnare col proprio emblema il punto d'arrivo.

VI - *Ritorno immediato ai codici precedenti?*

Qualcuno più impaziente opina che, se non è possibile procedere subito ad una rielaborazione meditata e compiuta dei codici « fascisti », non rimane che abolirli senz'altro: e ritornare senza indugio, purchè questo scandalo cessi, ai vecchi codici, onesti ed antiquati, che erano in vigore prima del fascismo (il che vorrebbe dire tornare, per il codice di procedura penale, al 1912; per il codice penale, al 1889; per il codice di commercio, al 1882; e per i codici civile e di procedura civile, addirittura al 1865). Per i due primi codici l'idea potrebbe avere qualche aspetto seducente: il codice di procedura penale del 1912 è ancora abbastanza moderno per poter tornare in vigore senza grandi sbalzi; e in quanto al codice penale, ci sentiamo oggi più vicini al liberalismo del codice Zanardelli che all'autoritarismo di quello Rocco (ma vi sono certe parti, specialmente quelle relative alle « misure di sicurezza »,

per le quali un ritorno puro e semplice al codice del 1889 segnerebbe certamente un grave regresso).

Ma il cambiamento delle leggi penali, tanto di quelle sostanziali che di quelle processuali, può avvenire con un disagio sociale e con uno sconvolgimento tecnico che non è neppur lontanamente paragonabile al vero e proprio cataclisma sociale ed economico a cui darebbe luogo, nel campo dei rapporti civili, il ritorno alla legislazione del 1865. Le leggi civili, tanto più complicate di quelle penali, penetrano profondamente nella vita individuale di ogni cittadino, nei più segreti ripostigli dei suoi beni e dei suoi sentimenti: contratti, testamenti, matrimoni, filiazione, ogni espressione dell'attività individuale trova nelle leggi civili la sua forma, ogni interesse ed ogni affetto cerca in esse la sua quiete. Cambiare da un giorno all'altro le leggi civili, tornare d'un colpo a quelle del 1865, vorrebbe dire gettare lo scompiglio nella vita economica e familiare di ogni italiano, che ormai ha trovato alla meglio un adattamento nella nuova legislazione: rimettere in discussione in ogni famiglia e in ogni azienda successioni e contrattazioni, portar l'allarme nel mondo degli affari e della giustizia, rientrare in pieno nel caos del diritto transitorio.

Una delle più grosse follie commesse dal fascismo negli ultimi cinque anni della sua vita è stata quella di aver voluto mettere in vigore la nuova codificazione civile mentre il paese viveva sotto l'ossessione della guerra, imporre agli uomini d'affari minacciati dalla crisi, agli uffici civili congestionati dai problemi alimentari, ai tribunali disorganizzati dai richiami alle armi quell'enorme aumento di lavoro e di intralci che deriva inevitabilmente dal passaggio da una vecchia legislazione ad una nuova, proprio in un periodo in cui tanti altri disagi morali e materiali torturavano ed assorbivano la vita del paese. Eppure la infinita capacità di sopportazione del popolo italiano ha tollerato anche questa dissennata crudeltà: le nuove leggi sono entrate bene o male in vigore, la vita degli affari vi si è alla meglio conformata, la giustizia ha cominciato ad assuefarsi al nuovo rito civile, nuove terminologie tecniche sono entrate nell'uso. Vogliamo ora, proprio nella tragica situazione in cui si trova oggi l'Italia, e in cui ciascuno ha bisogno di risparmiar le proprie forze di resistenza e di riservarle tutte per affrontare a denti stretti i problemi essenziali, ricominciare il lavoro di Sisifo che alla vita delle famiglie e degli affari sarebbe certamente imposto dal ritorno alla legislazione del 1865?

Certo i codici del 1865 erano, per il loro tempo, onesti e liberali codici: ma chi sogna, con una certa ingenuità, di poter oggi o domani, con un decreto del governo provvisorio, riportar la vita economica e familiare dell'Italia alla legislazione del 1865 come se questa si potesse senz'altro adeguare a quelle forme, mi fa l'effetto di chi, per

liberarci da quelle macabre fantasmagorie di camice nere o di nere divise d'orbace di cui sono ancora pieni i nostri recenti ricordi, ordinasse agli italiani di vestirsi colle variopinte fogge che usavano un secolo fa, tornando alle tube e alle crinoline. I codici del 1865 sono stati dettati per una realtà storica che oggi non esiste più: per una realtà che non conosceva nè le ferrovie, nè i telefoni, nè gli aeroplani... Il diritto non è una sovrapposizione artificiale che si appiccichi dal di fuori sui rapporti sociali e si possa mutare da un giorno all'altro, come i francobolli: è, come il linguaggio, una realtà vivente che segue il suo ciclo. Rimettere in vigore il codice del 1865 sarebbe come pretendere di riportar in uso per decreto luogotenenziale lo stile e la lingua che si parlava cent'anni fa. Creder sul serio che questa possa essere la soluzione del problema dei codici, è qualcosa di più che ingenuo illuminismo: è Arcadia.

E poi, chi vi dice che l'ordinamento giuridico della nuova Italia, quando essa avrà gli organi costituzionali per esprimerlo, si appagherà di quei principî strettamente e forse grettamente liberali, a cui si ispirava la legislazione civile del 1865? chi vi dice che la nuova codificazione, quando potremo riaverne una, debba necessariamente, solo perchè dovrà esser purgata dallo statalismo accentratore e autoritario del fascismo, segnare un ritorno puro e semplice all'individualismo capitalistico dei codici di cent'anni fa? ma proprio non saprà l'Italia trovare, e tradurre nelle sue leggi, una terza soluzione nuova tra queste due vecchie esperienze?

Mi torna in mente un discorso che sentii fare con questi orecchi nell'agosto scorso a Roma, in una riunione di avvocati: alcuno dei quali fin da allora reclamava a gran voce la immediata abolizione dei codici fascisti e il ritorno ai vecchi codici del buon tempo antico. Qualcuno obiettò che, siccome i codici ancora in vigore rappresentano per molte parti un progresso su quelli precedenti, c'è da temere che, se si abolissero, ci toccherebbe poi, quando dovremo rifarli, rifarli uguali... Ma a questa saggia osservazione un oratore indignato scattò: — Qui non si tratta di vedere quali siano i codici migliori: si tratta di fare un'affermazione *storica*. Questi codici li dobbiamo abolire, non perchè siano cattivi, ma perchè la *storia* li ha condannati. Sono stati messi in vigore dal fascismo, e dunque, caduto il fascismo, devono cadere. Il giorno dopo li rifaremo uguali, ma non si chiameranno più fascisti: e l'esigenza *storica* sarà rispettata. —

Non volli interloquire, perchè mi sentivo incompetente in quel dibattito che verteva *de apicibus philosophiae*. Proprio non riuscivo a capacitarmi, da profano qual ero in quegli argomenti, come l'esigenza storica, di cui l'oratore tanto s'infervorava, potesse consigliare di annullare nella codificazione un secolo di storia, riportando le leggi in-

dietro di cent'anni, come le lancette di un orologio scarico. Ma, lasciando da parte la storia quale la concepiva quell'oratore, mestamente domandavo tra me (e ancora me lo domando, quando sento questa brava gente che continua a reclamare l'abolizione dei codici in ventiquattr'ore) se questa Italia povera e stremata possa permettersi, in tanta miseria, il lusso di siffatti costosi gesti simbolici. Certo, fare e disfare è tutt'un lavorare: ma proprio s'ha da credere che non ci siano, in questi duri momenti, lavori più necessari?

In conclusione, io penso che tutto consigli a pazientare e a non affrontare per ora il problema generale della riforma dei codici. Prima di mettersi a ricostruire la nuova legalità, bisogna occùparsi non solo di ricreare gli strumenti costituzionali atti a produrla, ma anche bisogna imparare di nuovo a prender sul serio le leggi.

Creare la democrazia, vuol dire appunto creare nei cittadini il senso della autonomia; insegnare al popolo ad esser legislatore di sè medesimo, ridargli il senso del rispetto ed anche dell'affetto per le *sue* leggi, per le leggi fatte *a modo suo*. Questo è ciò che penso del problema dei codici: prima dobbiamo costruire la democrazia, e poi penseremo a rifare tranquillamente i codici *a modo nostro*.

(*marzo* 1945).

D

Governo e Costituente

I - *Il problema.*

Accade spesso, quando si arriva alla fine della discussione su uno dei mille problemi economici, finanziari, sociali, morali, tecnici di cui pullula la vita italiana in questo travagliato periodo, di sentir qualcuno che conclude così: — Ci penserà la costituente! —; e con questa accomodante conclusione se ne va a casa tranquillo, come se la costituente che attendiamo dovesse essere un consesso di taumaturghi onniscienti ed onniveggenti, capaci di rinnovare in pochi mesi tutta la legislazione italiana, dalla riforma agraria ai codici, dalle leggi finanziarie a quelle scolastiche, senza perder di vista le necessità quotidiane dell'alimentazione, della ricostruzione, della disoccupazione, e giù giù fino al giuoco del lotto e ai nuovi francobolli.

Per evitare il formarsi di queste messianiche aspettazioni sulla onnipotenza della costituente, che poi potrebbero convertirsi in pericolose delusioni, è opportuno avere fin d'ora idee chiare su quelli che dovranno essere i compiti propri e specifici di questa grande assemblea nazionale: la quale non deve esser considerata come una specie di rinnovata camera dei deputati, distinta dall'antica soltanto per la maggiore estensione, per la maggior *quantità* si potrebbe dire, di potere legislativo che sarà concentrata in essa; ma deve esser sopra tutto definita dalla *qualità* dei suoi poteri, ossia dalla speciale competenza che essa avrà sulle materie di carattere costituzionale intorno alle quali sarà chiamata, essa sola, a legiferare.

E' in sostanza la distinzione, già chiaramente posta fin dal 1798 dall'abate Sieyès, tra la funzione *legislativa* e la funzione *costituente*; o quella, anche oggi segnata in ogni manuale, tra leggi *ordinarie* e leggi *costituzionali*. Anche la funzione costituente è compresa nella funzione legislativa, intesa *lato sensu*; ma in senso più particolare la funzione costituente è una specie del genere funzione legislativa: è la funzione legislativa che ha per oggetto quella speciale categoria di

leggi che si dicono costituzionali, contrapposte a tutte le altre leggi che si dicono ordinarie.

Le leggi *ordinarie* sono quelle che servono a regolare direttamente i rapporti tra i cittadini nella loro quotidiana attività: quelle che servono a governare secondo legalità la concreta vita sociale. Ma queste leggi ordinarie presuppongono la esistenza e il funzionamento di organi di governo, che non solo le applichino, ma via via le modifichino e le rinnovino secondo il continuo rinnovarsi delle esigenze pubbliche; e a loro volta questi organi di governo presuppongono la esistenza di leggi, che abbiano fissato in anticipo la struttura e il modo di funzionare di essi organi ed abbiano distribuito tra essi l'esercizio della sovranità. Le leggi che regolano la forma e gli organi di governo si dicono appunto *costituzionali*; e il porle è appunto il compito proprio della funzione costituente, la quale rappresenta pertanto un *prius* di fronte alla funzione legislativa ordinaria. Per adoprare un paragone meccanico adatto allo stile della ricostruzione, si potrebbe dire che, se gli organi legislativi sono i congegni che servono a fabbricare le leggi ordinarie, la costituente è a sua volta la fabbrica di quei congegni: essa è infatti chiamata a porre quella legge iniziale e fondamentale, da cui dovranno poi prendere vita e norma tutti gli organi di governo, che è appunto la *costituzione* dello stato.

Si intende dunque che altro è stabilire la forma costituzionale del governo, altro è governare in concreto; e che l'assemblea costituente, per il fatto di esser chiamata al suo altissimo ufficio preliminare di crear gli strumenti di governo, non sarà solo per questo chiamata al compito successivo di metterli in esercizio. In verità, se i lavori della costituente si potessero miracolosamente esaurire nel batter di un ciglio, il problema del trapasso dalla costituente al governo ordinario non offrirebbe difficoltà; ma poichè è prevedibile che l'opera della costituente debba durare parecchi mesi (se non, addirittura, qualche semestre) sorge, parallelo al problema del *governo del paese mentre si prepara la costituente,* il problema del *governo del paese mentre la costituente è in funzione.* Quando l'assemblea costituente sarà tutta concentrata nel discutere la forma da dare al governo, e sarà ancora incerto quale governo starà per uscir fuori da quelle discussioni, chi provvederà nel frattempo a governare l'Italia? La vita di un popolo non si arresta all'aprirsi dei lavori della costituente: anche in questo periodo di crisi costituzionale continueranno a presentarsi ogni giorno, indipendentemente dalle questioni costituzionali demandate all'assemblea nazionale, gravissimi problemi pratici che dovranno essere affrontati e risolti senza dilazione. Chi prenderà in esame questi problemi di ordinaria amministrazione? chi provvederà, mentre il governo sarà an-

cora in gestazione, a questa esigenza di *continuità governativa* che non si può lasciare insoddisfatta senza far precipitare il paese nell'anarchia?

Ecco posto così il problema del *governo provvisorio* il quale si può esaminare in due diversi momenti: *prima della costituente* e *durante la costituente.*

II - *Il governo prima della costituente.*

Finora in Italia si è parlato di governo provvisorio per indicare quel governo di fatto, uscito dal crollo rivoluzionario del fascismo, che deve reggere l'Italia fino all'aprirsi della costituente. Quando al governo presieduto da Ferruccio Parri è stata data al suo nascere, quasi per antonomasia, la denominazione di « governo della costituente », si è inteso dire con questo che esso, oltre le ordinarie attribuzioni legislative e amministrative di cui ogni governo ha bisogno per poter sbrigare gli affari in corso, ha, *in più,* un suo proprio e specifico compito costituzionale, estraneo ai governi che l'hanno preceduto o che lo seguiranno: il compito di *preparare la costituente,* cioè di predisporre la legge elettorale secondo la quale dovranno essere scelti i rappresentanti del popolo in quell'assemblea, e di dettare tutte le altre disposizioni atte a farla entrare in funzione.

L'attuale governo ha dunque, in maniera tipica, il carattere, confessato nella sua stessa denominazione, di governo provvisorio destinato a rimanere in carica soltanto fino alla nascita dell'assemblea costituente e non un istante di più: come certi organismi effimeri conosciuti dai naturalisti, la cui vita si estingue nello stesso momento in cui viene alla luce la loro discendenza, la sorte di questo ministero è quella di consumarsi nel dar vita alla costituente; il giorno in cui questa sarà nata, il ministero della costituente avrà esaurito, col suo specifico compito costituzionale, il suo stesso ciclo vitale.

Ogni rivoluzione, superata la fase distruttiva, inizia la sua opera di ricostruzione costituzionale con un governo provvisorio, che è necessariamente un governo *di fatto,* formato dalla minoranza rivoluzionaria che ha rovesciato il governo precedente e colla forza si è impadronita del potere; questo non può essere un governo *rappresentativo* nel senso strettamente giuridico della parola, perchè, nel crollo della legalità precedente, sono caduti necessariamente anche i meccanismi elettorali indispensabili per misurare numericamente la volontà del popolo e per dar vita a una rappresentanza politica. Ma se questo governo provvisorio aspira a trasformarsi in un governo definitivo e legittimo fondato sui principî democratici, il primo passo verso questa restaurazione della legalità che una volta raggiunta darà legittimità

retroattiva a tutto il processo rivoluzionario, è quello di ristabilire un sistema elettorale che permetta di dare all'ordinamento di fatto una base rappresentativa: questo stanno facendo in tutta Europa i governi provvisorî sorti dalla lotta di liberazione; questo sta facendo in Italia il « governo della costituente ».

Il carattere provvisorio dell'attuale governo italiano traspare, oltre che dalle circostanze politiche che l'hanno formato, dalla sua stessa struttura organica. Fanno parte di esso istituti la cui funzione non può essere che transitoria, come il « ministero della consulta », che naturalmente dovrà dissolversi colla consulta da esso creata, quando, al posto di quest'assemblea meramente consultiva e nominata dal governo, sopraggiungerà un'assemblea eletta dal popolo, con funzioni deliberative e con poteri sovrani; come il « ministero della costituente », che avrà assolto il suo compito quando, convocata la costituente, non ci sarà più bisogno di un ministero che la prepari; come, sopra tutto, il « luogotenente », istituto viziato in radice da tante e tali contraddizioni e incoerenze, che invano il costituzionalista, se non si trattasse di un espediente provvisorio, ne cercherebbe una decente definizione giuridica.

Tutti sanno ormai che questa cosiddetta « luogotenenza » non ha più alcuna base costituzionale: anche se lo statuto albertino non fosse stato « digerito » insieme colla monarchia entro il capace ventricolo della dittatura, la stessa prassi statutaria avrebbe suggerita casomai, nella situazione che si verificò dopo il crollo del fascismo, non la figura della luogotenenza, che presupponeva un re pienamente capace di continuare ad esercitare le sue funzioni, e di delegare ad altri validamente una parte dei suoi poteri, ma, casomai, quella della reggenza civile, fondata sulla incapacità di regnare in cui il re era venuto a trovarsi per le ragioni politiche che tutti conosciamo. Si aggiunga poi che, nel nostro caso, vi era stata, in quel decreto del 25 giugno 1944 che riconosceva al popolo, e soltanto ad esso, il diritto di scegliersi liberamente le proprie istituzioni e che necessariamente significava repudio d'ogni patto tra re e popolo e di quella repartizione di sovranità che è caratteristica delle monarchie rappresentative, una vera e propria formale dichiarazione di decadenza della dinastia, consacrata proprio in quel decreto *che lo stesso luogotenente aveva firmato*: sicchè la firma apposta dal luogotenente a quel decreto era giunta come una utilissima chiarificazione giuridica, in quanto significava *l'accettazione data « in articulo mortis » dalla corona alla pacifica fine dell'istituto monarchico,* coll'eliminazione per l'avvenire di ogni appiglio costituzionale che potesse alimentar le rivendicazioni di pretendenti legittimisti.

Eppure, nonostante questo, il luogotenente rimase: assurdo vicerè in un governo dove il re aveva già firmato la propria fine, grottesco controsenso di un mandatario che continuava a esercitare i poteri che il mandante non aveva più, e che figurava di non accorgersi che, caduto collo statuto il principio statutario della irresponsabilità regia, già si appuntavano contro il suo mandante i più gravi interrogativi di quella legge sulle sanzioni che pone in istato di accusa i responsabili della instaurazione e del mantenimento del regime fascista.

Rimase, il luogotenente, perchè gli alleati vollero che rimanesse: simbolo di quella « tregua istituzionale », che, come si sa, fu imposta per plausibili ragioni di ordine militare; sicchè si può dire che nel governo provvisorio uscito dalla lotta di liberazione, l'unico titolo giuridico del permanere della luogotenenza fu la volontà del comando militare alleato, che vide in essa una garanzia di quella tranquillità politica interna di cui aveva bisogno per continuare la guerra fino alla vittoria. Pareva logico che, conseguita la vittoria e liberata l'Italia, di questa garanzia imposta dall'esterno non ci fosse più bisogno: e, durante la crisi che terminò col governo Parri, si sperò che il luogotenente sarebbe stato messo in libertà anche dagli alleati, come già era stato messo in libertà dal popolo italiano. Ma, ancora una volta, gli alleati avvertirono che la « tregua » doveva durare fino alla soglia della costituente: e il luogotenente fu lasciato ancora per qualche altro mese a guardia di quella teca di vetro entro la quale era stata deposta la mummia della questione istituzionale. Poco male: la formazione del ministero Parri, uscito dopo lungo travaglio dalla concordia delle forze di liberazione, ha avuto un così chiaro significato che tutti, compresi gli alleati, hanno capito che la questione istituzionale era ormai virtualmente risolta. Continua ad esserci il luogotenente, ma l'equivoco non c'è più: e speriamo che lo abbia capito anche il luogotenente.

Ma la fine del provvisorio compromesso si approssima. Quando il « governo della costituente » si dissolverà sulla soglia dell'assemblea nazionale scaturita da esso, come il bozzolo che si affloscia quando ne è volata via la farfalla, anche il luogotenente dovrà rimaner su quella soglia: dentro non potrà entrare che il popolo. Fino alla seduta inaugurale della costituente i legittimisti potranno continuare a sbizzarrirsi nel ricercar tra le rovine i tronconi della continuità costituzionale e nel tentarne i raccordi. Ma sulla porta della costituente sarà scritto, in modo da dissipare ogni incertezza, « *incipit vita nova* »; e se l'assemblea nazionale dovrà esser « sovrana », non sarà neanche concepibile che, dal giorno in cui essa entrerà in funzione, il potere esecutivo possa continuare ad essere rappresentato, sia pur soltanto formalmente, da un organo estraneo ed intruso che non derivi la sua legittimità dalla stessa costituente, nè che, mentre l'assemblea delibera e giudica, le

forze armate dello stato possano continuare ad essere al comando di uno dei giudicabili. Gli alleati, che hanno lealmente promesso al popolo italiano di garantirgli la libera scelta delle proprie istituzioni, non pensano certamente che per assicurare alle deliberazioni dell'assemblea la promessa libertà sia consigliabile lasciar sulla sua porta, a farle la guardia, i carabinieri « reali »!

Ma non bisogna drammatizzare la situazione: se le forze popolari rimarranno unite, io continuo a credere nei « placidi tramonti ». Questo luogotenente imbalsamato, che, per volontà degli alleati, dovrà accompagnare il governo provvisorio fino alla soglia della costituente, mi ricorda la leggenda del marchese Ugo di Toscana, il « gran barone » di Dante, che in una scorreria fatta in quel di Pistoia alla testa di una cavalcata si scontrò colla fazione avversa e vi trovò la morte. Ma i nemici non s'accorsero di averlo ucciso; sicchè si narra che i compagni più fidi che gli stavano intorno si affrettassero a rimettere in sella il cadavere tutto chiuso nell'armatura, e a legarvelo con solidi ormeggi perchè sembrasse vivo. E la fiera cavalcata riprese nella notte il cammino verso Firenze, al comando di quel cavaliere che, nonostante le scosse del suo cavallo, rimaneva impettito in arcione.

III - *Il governo durante la costituente.*

Quando la convocazione della costituente non avviene in applicazione di appositi congegni costituzionali predisposti dall'ordinamento precedente, ma avviene, come oggi in Italia, in seguito a una frattura rivoluzionaria che distrugge e crea in luogo di essa una situazione meramente politica e pregiuridica, i poteri della costituente non hanno limiti precostituiti: tutto è da rifare, tutto si trova in condizione per così dire di verginità giuridica; e la costituente è veramente « sovrana », nel senso che si riconcentrano in essa, risalendo indiscriminati all'unica sorgente, tutti i poteri della sovranità: non solo il potere più propriamente costituente, ma anche quei poteri derivati attraverso i quali si manifesta, negli stati già costituiti, la efficienza pratica dell'autorità: legislazione, amministrazione, giurisdizione.

Questa sarà dunque, *teoricamente,* la situazione in cui l'Italia verrà a trovarsi al momento in cui la costituente inizierà i suoi lavori: un ordinamento *in fieri,* allo stato nascente, in cui non vi saranno più poteri costituiti, neanche provvisorî, nè separazione di funzioni, nè organi di governo: vi sarà soltanto l'assemblea popolare, unica depositaria di tutta la sovranità, unica titolare di ogni autorità, sola arbitra di creare i nuovi organi tra i quali i pubblici poteri dovranno essere ripartiti.

Ma questo, sotto l'aspetto pratico, sarebbe il caos: per uscire dal quale bisognerà che l'assemblea, prima di mettersi a deliberare riposatamente le forme costituzionali del governo definitivo che alla fine dovrà uscire dalle sue discussioni, provveda subito, in via d'urgenza, a una prima repartizione d'organi e di funzioni che garantisca intanto al paese *di non restare senza governo neanche per un giorno.*

In altre parole, la costituente, per poter praticamente dedicare tutte le sue forze al compito essenziale da cui prende il nome, dovrà preliminarmente spogliarsi e purificarsi di tutti i compiti contingenti di governo, che necessariamente dovranno essere demandati ad organi provvisorî, creati dalla stessa costituente secondo il principio della separazione dei poteri. Questo principio, se di fronte alla costituente sovrana avrà perduto ogni significato giuridico, continuerà ad essere, anche per essa, una norma di convenienza politica e tecnica: il principio della divisione del lavoro, applicato all'attività costituzionale della stessa assemblea. La quale, se pur teoricamente, poichè tutta la sovranità sarà concentrata in essa, avrebbe il potere di legiferare anche su materie non costituzionali, e di governare in concreto, e magari di giudicare, in pratica non avrà nè la struttura adatta nè il tempo disponibile per assolvere tutti questi uffici; i quali meglio si adatteranno a un ristretto ed organico *governo provvisorio,* creato ed investito dei necessari poteri dalla stessa costituente. Questo si potrà chiamare davvero, più propriamente di quello che è oggi in carica, il « governo della costituente »: non più il governo provvisorio che precede e prepara la costituente, ma il governo provvisorio che la integra e l'accompagna.

Scaricata, attraverso questa preliminare autolimitazione, da tutti i compiti di governo, l'assemblea riserverà a se stessa soltanto l'esercizio diretto del potere da cui prende il nome, e che si riassume nel potere di *deliberare la costituzione del nuovo stato*: non eserciterà direttamente nè il potere esecutivo, nè il potere giudiziario, e neanche il potere legislativo ordinario, su materie non costituzionali. Questo non escluderà, ben s'intende, che la costituente possa riservare a se stessa anche l'esercizio diretto di qualche frazione di questi poteri, quando un'alta ragione politica lo consigli: potrà darsi che ritenga opportuno riservare alla propria competenza la discussione di certe leggi fondamentali, che, pur non rientrando formalmente nella costituzione, siano però l'immediato sviluppo di principî costituzionali in essa affermati, come, ad esempio, la riforma agraria o la socializzazione di certe industrie; e potrà darsi altresì che l'assemblea senta la necessità di funzionare eccezionalmente come supremo organo giurisdizionale, per giudicare i più gravi delitti politici sfuggiti finora alla giustizia in virtù della « tregua istituzionale ».

Ma queste saranno eccezioni. Come orientamento generale è prevedibile che l'assemblea costituente si sentirà abbastanza impegnata dal suo ufficio più proprio e più solenne, e provvederà a delegare tutte le altre funzioni attraverso una serie di provvedimenti preliminari, intorno ai quali, sulla scorta di precedenti storici, si può fin d'ora fare qualche previsione.

a) E' prevedibile che l'assemblea costituente, come suo primo atto, si proclamerà organo supremo dello stato investito di tutta la sovranità popolare, e dichiarerà di conseguenza decadute tutte le autorità e tutte le leggi che non derivino, per delega o per ratifica, dai poteri della stessa assemblea.

b) In secondo luogo la costituente darà legittimazione retroattiva al governo provvisorio che l'ha preceduta, ratificando e lasciando provvisoriamente in vigore fino alla proclamazione della nuova costituzione tutte le leggi ordinarie ed i provvedimenti da esso emanati, ed anche quelli dei regimi precedenti (per esempio l'ordinamento giudiziario ed i codici) nei limiti in cui sono rimasti in vigore durante il governo provvisorio (escluse, ben s'intende, le leggi costituzionali incompatibili colla sovranità della costituente).

c) In terzo luogo l'assemblea costituente dovrà provvedere alla nomina di un nuovo governo provvisorio, destinato a rimanere in carica fino alla pubblicazione della nuova costituzione. A questo governo provvisorio (che potrebbe anche essere, se l'assemblea lo volesse confermare in carica, lo stesso governo provvisorio che ha preceduto e preparato la costituente) sarà delegato l'esercizio del potere esecutivo e del potere legislativo ordinario, su materie non costituzionali. Si presenteranno qui, *in limine,* numerose questioni relative al modo di nomina, alla composizione, alla estensione dei poteri, alla responsabilità politica di questo governo provvisorio: se debba esser la stessa costituente a nominare i ministri, o se sia preferibile lasciarne la scelta a un ristretto comitato, a cui la costituente deleghi il potere esecutivo; se i componenti del governo debbano esser scelti tra i membri dell'assemblea, o se possano o debbano essere persone ad essa estranee; se i provvedimenti legislativi ed amministrativi di questo governo debbano essere soggetti al controllo diretto ed immediato dell'assemblea, o se sia più opportuno, per non turbare con affari di ordinaria amministrazione il lavoro costituzionale dell'assemblea, che i provvedimenti del governo provvisorio, considerati tutti come decreti-legge fondati sulla necessità, siano rimandati all'approvazione degli organi legislativi ordinari, quali entreranno in funzione alla fine della costituente, in base alla costituzione da questa deliberata. Ognuna di queste soluzioni, come è facile intendere, ha i suoi inconvenienti e i suoi pregi.

d) E finalmente la costituente dovrà preliminarmente stabilire l'organo al quale, durante i lavori dell'assemblea, dovranno essere demandate le funzioni di capo dello stato. Anche qui le soluzioni pensabili sono numerose: si potrebbe pensare a una reggenza civile affidata a una o più persone scelte tra i componenti dell'assemblea o fuori di essa; si potrebbe pensare che a capo dello stato sia posto il presidente dell'assemblea; o che la stessa assemblea riservi a se stessa, come *corpus*, questa funzione suprema. E ci sarà da chiarire i rapporti tra capo dello stato e governo provvisorio: determinare se il capo dello stato e il capo del governo provvisorio possano o debbano essere la stessa persona; stabilire entro quali limiti, e verso chi, il capo dello stato sarà responsabile. Anche qui non c'è bisogno di insistere sulla delicatezza di questi problemi: se il capo dello stato dovrà essere, durante i lavori della costituente, il capo del potere esecutivo e quindi delle forze armate dello stato, dalla posizione che gli sarà fatta e dai poteri che gli saranno conferiti dipenderà la sicurezza dell'assemblea durante i suoi lavori e la difesa di essa contro ogni disordine esterno.

Basti avere appena accennato a questi problemi, per intendere a quali difficili compiti la costituente sarà chiamata fino dalle sue prime sedute: e quale serenità e quanta concordia di propositi saranno indispensabili ai suoi componenti per metter la costituente, prima ancora di cominciare i suoi lavori, *in condizione di lavorare con tranquillità*. Prima di dare all'Italia la nuova costituzione definitiva, la costituente dovrà dare a se stessa il proprio statuto: ci dovrà essere nelle prime sedute una specie di preliminare *costituente della costituente* destinata a fissare inizialmente, prima della costituzione dello stato, la *costituzione della costituente e del suo governo provvisorio*.

Se, come giustamente è stato detto, la democrazia è l'espressione politica della ragione, l'assemblea costituente, da cui dovrà uscire il nuovo stato democratico italiano, dovrà cominciare, per corrispondere alle aspettative della nazione, dal « razionalizzare » i suoi stessi poteri.

(*ottobre* 1945)

E

Costituente e questione sociale

I - *Forme istituzionali e sostanza economica.*

Gli avvocati nelle loro cause distinguono tra *procedura* e *merito*: cioè tra metodo formale che si deve seguire nei giudizi per arrivare alla sentenza, e sostanza della controversia su cui i giudici debbono sentenziare.

Analoga distinzione par che qualcuno voglia introdurre in tema di costituente: la competenza della quale dovrebbe considerarsi ristretta a risolvere la questione *istituzionale*, che sarebbe una questione attinente alle forme ed ai metodi costituzionali, cioè alla procedura, mentre la risoluzione della questione *sociale*, cioè il merito, dovrebbe rimandarsi a un momento successivo, a quando cioè potessero entrare in funzione, per risolverla con leggi ordinarie, le nuove istituzioni politiche create dalla costituente.

Prima di tutto, si dice, bisogna ricostruire a ritmo accelerato quei supremi organi costituzionali che si possono considerare, al vertice dello stato, come le macchine procedurali per fabbricare le leggi: poi, quando questo meccanismo legislativo sarà rimesso in grado di funzionare, allora si potranno affrontare, a ritmo normale ed a più remota scadenza, tutti quei problemi di ordine economico, attinenti al lavoro e alla ricchezza — la proprietà, l'eredità, i rapporti tra chi lavora e chi non lavora, tra chi vive del proprio lavoro e chi vive del lavoro altrui — che si comprendono per antonomasia sotto la espressione di « questione sociale ».

Secondo questa concezione la costituente dovrebbe essere soltanto un *primo tempo*, destinato non a risolvere i concreti problemi economici che incombono, ma solo ad apprestare un astratto e vuoto sistema di legalità entro il quale ogni esigenza sociale potrebbe in un secondo tempo trovare sfogo. Su questo programma meramente legalitario della costituente tutti i partiti democratici dovrebbero trovarsi d'accordo: si dovrebbe pensare prima di tutto a ricostruire le cosiddette « istituzioni liberali », cioè quelle garanzie costituzionali

che assicurano ad ogni cittadino, attraverso l'esercizio del voto, di poter concorrere in ugual misura a creare quella maggioranza di opinioni in cui si concreta la sovranità popolare: e solo quando le « istituzioni liberali » fossero rimesse in esercizio, allora potrebbero venire in discussione le divergenze dei partiti sui postulati economico-sociali dei loro programmi.

Ritengo che questa sia una pericolosa illusione, in cui rischieremmo domani di dimenticare la gravità e la vastità dei compiti politici ai quali, colla costituente, stiamo per accingerci. Anche chi non accetta la visione materialistica secondo la quale la sostanza economica sarebbe la causa unica di ogni forma istituzionale, non può dissimularsi che, tra i fattori che concorrono a determinare la costituzione politica di un popolo, sta in primissima linea il fattore economico: sicchè avviene necessariamente che, in sede di costituente, certe questioni economiche si presentino *in funzione costituzionale,* cioè come questioni che bisogna porre e risolvere preliminarmente, perchè proprio dalla soluzione di esse dipende la forma che si dovrà dare a certi fondamentali congegni della costituzione politica dello stato. Bisogna guardarsi dal semplicismo (o dalla doppiezza) di chi vi dice che le istituzioni politiche sono una forma vuota, dentro la quale, una volta esaurito il periodo climaterico della costituente, si potrà colare a tempo opportuno qualsiasi metallo sociale: la « monarchia comunista » che, a quanto si sente raccontare nei salotti bene informati, sarebbe il programma conciliante di una principessa che è pronta a qualunque transazione pur di salvare la corona all'infante, non è, sotto nuova formula, altro che il solito espediente messo innanzi per arrivare ancora una volta al compromesso istituzionale, e per impedire all'Italia di diventare una vera democrazia.

La verità è che, appena arrivati alla costituente, noi incontreremo ad attenderci, sulla soglia della questione istituzionale, la questione sociale; ed anche se l'immenso disastro economico in cui l'Italia è piombata e la situazione di subordinazione internazionale in cui essa si trova, ed anche quel naturale senso di misura che sempre riaffiora in questo popolo nei momenti più gravi della sua storia, faranno apparir preferibili alle soluzioni subitanee ed estreme quelle graduali e progressive, è fuor di dubbio che su certe premesse fondamentali di ordine sociale, dalle quali dipenderà fin da principio la struttura stessa dello stato, non sarà possibile alcun rinvio.

Guardiamo dunque, per non trovarci impreparati, di individuare in anticipo i canali giuridici attraverso i quali la questione sociale, o almeno *un minimo di questione sociale,* si presenterà alla costituente in funzione di problema istituzionale.

II - *Le libertà politiche, condizione della vita democratica.*

Il terreno costituzionale nel quale la questione sociale balza, più che in ogni altro, in primo piano, è quello dei « diritti di libertà ».

Nell'art. 16 della *Déclaration des droits* del 1789 si trova una formula la quale anche oggi può servire di sommario e di programma ad ogni costituzione democratica: « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* ». Due capitoli, dunque, sono necessari in ogni costituzione: quello che tratta dei diritti individuali, e quello che tratta della separazione dei poteri.

In questo secondo, nel quale deve essere regolata la repartizione dei poteri tra i vari organi della sovranità, è la *sedes materiae* della questione istituzionale; ma, nel capitolo che regola le libertà individuali dei cittadini, ecco la questione sociale che, per quanto si voglia ricacciarla e differirla, reclama la sua soluzione. E' proprio qui che ci si accorge, quando il problema dei diritti individuali si pone in termini costituzionali come premessa della ricostruzione giuridica dello stato, che il problema della libertà individuale e il problema della giustizia sociale *sono, giuridicamente, un problema solo.*

E' noto qual è la funzione e la struttura giuridica di questi diritti individuali costituzionalmente garantiti ad ogni cittadino, che si sogliono denominare i *diritti di libertà politica,* o più semplicemente le *libertà politiche.* Democrazia vuol dire sovranità popolare: vuol dire potere legislativo affidato, attraverso i meccanismi della rappresentanza politica, alla maggioranza numerica dei cittadini; ma poichè in questo modo la volontà e l'interesse del singolo rischierebbero di rimanere schiacciati sotto la tirannia della maggioranza, che attraverso l'esercizio del potere legislativo è teoricamente onnipotente, la costituzione riconosce in anticipo, nello stesso momento in cui stabilisce gli organi attraverso i quali la sovranità popolare potrà esercitarsi, una serie di diritti individuali *che neanche questa sovranità potrà ritogliere o menomare*: il che importa l'obbligo preventivo e irrevocabile dello stato di permettere ad ogni cittadino il libero esercizio di certe attività individuali, l'ambito delle quali deve costituire idealmente intorno ad ogni persona una specie di « zona franca » riservata alle sue iniziative, entro la quale lo stato si impegna a non penetrare. Questa non è *la libertà* al singolare dei filosofi, ma *le libertà* al plurale dei giuristi: elencazione di una serie di attività pratiche specificamente determinate, di cui lo stato permette e garantisce al cittadino la libera esplicazione, nel senso che, se e come il cittadino vorrà esplicarle, nessuna autorità potrà legittimamente impedirglielo (libertà di pensiero, di culto, di parola, di stampa, di associazione; e così via).

Potrebbe parere che queste libertà individuali siano una specie di correttivo della democrazia: una specie di compromesso tra due principî in conflitto, l'autorità e la libertà, l'interesse collettivo e quello individuale. Ma in realtà, se si vuol cogliere la vera essenza del governo democratico, queste libertà individuali devono essere concepite, piuttosto che come limitazione e contropartita della sovranità popolare, come condizione perchè la sovranità popolare possa affermarsi in un senso più profondo e più umano. Queste libertà individuali si chiamano *politiche,* proprio perchè esse mirano a render possibile e fruttuosa la partecipazione del singolo alla vita della *polis,* della comunità: proprio perchè solo dove la personalità morale del singolo ha modo di manifestarsi e di affermarsi attraverso certe possibilità di espansione pratica, può realizzarsi quella vera democrazia che consiste nel continuo affiorare delle migliori forze individuali dal basso della piramide sociale verso il vertice, e che trasforma la sovranità popolare da maggioranza meccanica del numero in maggioranza spirituale dei più degni.

Le libertà politiche sono dunque non soltanto riconoscimento e garanzia del rispetto dovuto alla insopprimibile dignità morale di ogni persona, ma anche condizione fisiologica, al par del respiro nell'organismo umano, della vita politica della comunità: quel perpetuo ricrearsi e ringiovanirsi del ceto dirigente, che è l'effetto più caratteristico della vera democrazia, ha come suo necessario presupposto l'assicurazione ad ogni cittadino di quel tanto di libertà che deve permettergli di essere elemento attivo della comunità e di arricchirla col portarle il contributo delle sue iniziative. Dove non esiste libertà individuale, neanche può esistere una rigogliosa vita collettiva: le libertà politiche sono dunque la valvola di sicurezza che impedisce alla vita politica di ristagnare e di cristallizzarsi, la fresca sorgente rinnovatrice che alimenta nel ceto dirigente il senso di vigile responsabilità e che gli vieta di trasformare i difficili compiti del dovere civico in comodi seggi di privilegio.

III - *Carattere negativo dei diritti di libertà.*

Questa essendo la funzione politica dei classici diritti di libertà, si intende facilmente che cosa vogliono dire i giuristi quando insegnano che questi diritti hanno, nella loro struttura giuridica, contenuto *negativo.* Essi sono diritti che il singolo ha verso lo stato; ma l'obbligo che lo stato assume in corrispondenza di questi diritti non consiste in qualcosa di positivo che lo stato si impegni di *fare* a favore del singolo. Lo stato si impegna a non ostacolarlo nella esplica-

zione di certe sue attività, a non ingerirsi nella sfera di autonomia che gli ha riconosciuto: se il cittadino vorrà e saprà valersi di quelle libertà, lo stato, nei limiti che si è impegnato a rispettare, *lo lascerà fare*. Se il cittadino riuscirà ad avere una opinione politica, lo stato non gli impedirà di manifestarla; se troverà un giornale disposto a pubblicare i suoi articoli di propaganda politica o religiosa, lo stato non glielo proibirà; se vorrà studiare e avrà i mezzi per mantenersi agli studi, lo stato non gli vieterà di accedere alla professione alla quale si sente portato... In questo modo tutti i cittadini saranno politicamente uguali *in partenza*: ma poichè gli uomini, anche se uguali giuridicamente, sono, grazie a Dio, naturalmente disuguali nelle loro qualità e nelle loro attitudini intellettuali e morali, queste libertà politiche serviranno soltanto a far sì che ognuno possa, in arrivo, raggiungere nella società il grado che meglio corrisponde ai suoi meriti ed alle sue forze. *Faber est suae quisque fortunae*: lo stato non aiuta, ma non ostacola. E questa sarebbe, secondo certi liberali, la società ideale: sulle virtù della quale ha scritto qualche anno fa pagine degne di esser rilette uno dei più fini moralisti che avesse la Francia prima della guerra, Jacques Chardonne (ma è proprio vero, ohimè, che è andato a finire « collaborazionista »?), esaltando il « capitalismo liberale » e il dolce « monde bourgeois » in cui esiste questa « chance offerte à chacun d'y prendre place selon ses dons et même sa fantaisie, car il y a place pour tous, pour le rapace et pour le rossignol » (1).

IV - *La crisi delle libertà politiche.*

Ma l'esperienza di più di un secolo ha dimostrato che i diritti di libertà proclamati dalla rivoluzione francese e diventati da allora un pezzo d'obbligo di tutte le carte costituzionali, sono un sostegno assai più comodo per gli sparvieri che per gli usignoli. Tutti conoscono la critica demolitrice, diventata ormai un luogo comune, che a questi diritti ha fatto il socialismo, e il discredito che esso per molto tempo ha gettato a piene mani su queste cosiddette « libertà borghesi ». Sarebbe pedantesco mettersi qui a citare autori (2): basterà ricordare che perfino in Inghilterra, la classica terra delle libertà politiche, si riconosce ch'esse hanno perduto nell'opinione delle masse lavoratrici ogni potere di attrazione; e il Carr ne trova la ragione nella radicale trasformazione del processo politico avvenuta durante il secolo XIX,

(1) Nell'articolo *Politique*, in « Nouv. rév. franç. », 1939, pag. 209.

(2) Cfr. le pagg. 90 e segg. del *Socialismo Liberale* di Carlo Rosselli, uscito finalmente anche in Italia (edizione U, 1945).

per cui « i diritti e i privilegi più importanti nella società non sono più politici ma economici; la uguaglianza politica è ormai sprovvista di senso di fronte alla stridente disuguaglianza economica, e di fronte al potere dei giganteschi interessi economici la libertà politica ha ormai assai scarso valore » (1).

Così questi diritti di libertà, che quando furono affermati nella famosa dichiarazione del 1789 significarono, nonostante la apparente astrattezza della loro formulazione, la abolizione storicamente concreta di una serie di privilegi odiosi e suonarono come uno squillo di redenzione umana sulle rovine dell'assolutismo feudale appena distrutto (2), parvero nel corso del secolo XIX avere esaurito la loro funzione storica: sicchè nei decennî più vicini a noi le masse lavoratrici poterono assistere senza una protesta alla loro soppressione consumata dai dittatori, considerando senza rimpianto la fine di queste libertà riservate ai ricchi che, secondo le dottrine marxistiche, erano state soltanto uno strumento raffinato per render legale l'asservimento economico del quarto stato. Ai lavoratori schiacciati dalla servitù economica la proclamata uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge appariva giustamente come una beffa: che giova al povero la libertà di stampa, quando solo i grandi capitalisti hanno a disposizione i mezzi occorrenti per finanziare i grandi giornali sostenitori dei loro interessi? che giova al povero la libertà teorica di mandare i propri figli agli studi, quando il bisogno gli comanda di forzarli ancora bambini a guadagnarsi il pane? Anche la pretesa uguaglianza *in partenza* è una menzogna: perchè, colla proprietà e colla eredità, i figli dei ricchi si trovano dalla nascita già portati di peso, senza alcuno sforzo, in prossimità della mèta. Dire a un *caruso* siciliano che, in grazia delle libertà politiche scritte nello statuto, egli, se non si trova bene nella zolfatara, è libero di iscriversi all'università e di scegliersi la professione che preferisce « selon ses dons et même selon sa fantaisie », è un discorso che può ricordare la famosa frase attribuita a Maria Antonietta, che al popolo affamato consigliava, in mancanza di pane, di nutrirsi di « brioches »!

V - *I diritti sociali.*

Senonchè a superare questa crisi di sfiducia nei diritti di libertà e nella loro vitalità storica, è giunta, tragicamente ammonitrice, l'e-

---

(1) E. H. Carr, *Conditions of peace*, Macmillan, 1942, riassunto nell'articolo di Routh, *L'Angleterre et la Révolution du XX° siècle*, nella rivista « Esprit », 1° febbraio 1945 (n. 3 della nuova serie), pag. 326.

(2) Cfr. Salvemini, *Rivoluzione francese*, 4ª ed., 1912, pagg. 190 e segg.

sperienza fascista. Oggi a nessun socialista e a nessun comunista sensato verrebbe in mente di sostenere che i diritti di libertà siano necessariamente strumenti giuridici del privilegio borghese. Anche le masse lavoratrici hanno compreso, dopo aver visto qual è senza scampo la sorte dei lavoratori nei regimi in cui sia stata abolita, colla negazione di questi diritti, la dignità morale della persona umana, che la giustizia sociale non è pensabile se non in funzione della libertà individuale: e sono sorti così quei movimenti politici che invece di accentuare l'antagonismo tra l'idea liberale e l'idea socialista, hanno messo in evidenza che una democrazia vitale può attuarsi soltanto nella misura in cui la giustizia sociale, piuttosto che come ideale separato ed assoluto, sia concepita come premessa necessaria e come graduale arricchimento della libertà individuale. Questo è il significato delle varie formule in cui è stata espressa ugualmente questa inscindibile interdipendenza dei due aspetti di un solo ideale: « socialismo liberale » di Rosselli; « liberalsocialismo » di Calogero; « giustizia e libertà » del partito d'azione; « democrazia progressiva » dei comunisti italiani.

Intorno alla legittimità di questi accoppiamenti di concetti in sede filosofica, io non discuto, perchè non mi sento competente. Io guardo il problema da politico e da giurista, e sotto questo aspetto pratico il significato di queste formule mi sembra molto chiaro. Esse vogliono semplicemente dir questo: che, se vera democrazia può aversi soltanto là dove ogni cittadino sia in grado di esplicar senza ostacoli la sua personalità per poter in questo modo contribuire attivamente alla vita della comunità, non basta assicurargli teoricamente le libertà politiche, ma *bisogna metterlo in condizione di potersene praticamente servire.* E siccome una assai facile esperienza dimostra che il bisogno economico toglie al povero la possibilità pratica di valersi delle libertà politiche e della proclamata uguaglianza giuridica, ne viene di conseguenza che di vera libertà politica potrà parlarsi solo in un ordinamento in cui essa sia accompagnata *per tutti* dalla garanzia di quel minimo di benessere economico, senza il quale viene a mancare per chi è schiacciato dalla miseria ogni possibilità pratica di esercitare quella partecipazione attiva alla vita della comunità che i tradizionali diritti di libertà teoricamente gli promettevano. Con questo non si viene a distruggere il fondamentale valore politico dei diritti di libertà: si chiede soltanto che essi diventino più pieni e più ricchi; che cessino di essere vuoti schemi giuridici, e si riempiano di sostanza economica; ossia, per ritornare alle formule, che le libertà politiche siano integrate da quel minimo di giustizia sociale, che è condizione di esse, e la cui mancanza equivale per l'indigente alla loro soppressione giuridica.

Proprio da queste considerazioni ha avuto origine, in gran parte delle costituzioni nominalmente democratiche adottate da molti stati europei alla fine dell'altra guerra, un fenomeno che non è sfuggito ai costituzionalisti (1): l'allargamento della lista dei diritti individuali dal campo politico al campo economico e sociale, in modo da comprendere in essa, in aggiunta ai diritti politici tradizionali, i cosiddetti « diritti sociali », destinati ad assicurare (o almeno a promettere) a tutti i cittadini le condizioni economiche indispensabili per rendere effettiva la loro libertà politica. Con questo le nuove costituzioni uscite dalla prima guerra mondiale non hanno rinnegato i diritti dettati dalla rivoluzione francese; ma hanno riconosciuto che l'elenco tradizionale di essi, corrispondente alle esigenze storiche di quel momento, deve oggi essere integrato con nuovi diritti corrispondenti alle esigenze sociali sopravvenute. E' in sostanza l'esigenza della giustizia sociale posta come condizione della libertà individuale, che già si affacciò nella costituzione francese del 4 novembre 1848, e che trovò una più esplicita formulazione nell'art. 151 della costituzione tedesca di Weimar del 1919: « La vita economica deve essere organizzata conformemente ai principî di giustizia e al fine di garantire a tutti una esistenza degna dell'uomo ». La stessa esigenza si è fatta sempre più viva e consapevole in questi ultimi anni (e non soltanto in Italia) nei movimenti politici di resistenza: basterà ricordare che anche in Francia quel movimento politico che fa capo alla rivista *Esprit*, ha ora aperto la discussione su un progetto di « dichiarazione dei diritti » (2), elaborato nel periodo della lotta clandestina, in cui si legge questo art. 26: « Ogni uomo che non si sottrae alla legge del lavoro deve godere del minimo di risorse necessario per far vivere, a lui ed alla sua famiglia, la vita degna di un uomo ».

VI - *Il problema pratico della soddisfazione dei diritti sociali.*

Ed ora possiamo tornare, per concludere, al punto di partenza: cioè ai compiti della prossima costituente. Dovremo, nella nuova costituzione italiana, garantire ad ogni cittadino i diritti di libertà? dovremo, in aggiunta ai tradizionali diritti politici, specificare, in altrettanti articoli, i diritti « sociali »? Nessun partito democratico potrebbe, a quanto si può supporre, rispondere negativamente a queste due domande: negar questi diritti vorrebbe dire infatti negare la democrazia.

---

(1) Cfr. MIRKINE-GUETZEVICH, *Les constitutions de l'Europe nouvelle* (Paris, 1928), pagg. 35 e segg.

(2) Ne fu già data la traduzione nel n. 4 del *Ponte*, pagg. 359 e segg.

Ma allora, se si risponde affermativamente a queste due domande, ecco che, come dicevo da principio, la questione sociale si presenta sulla soglia della costituente come la più importante e la più urgente delle questioni costituzionali: se veramente si vuol fondare una democrazia, a questa questione preliminare bisogna pur dare una risposta.

E dare una risposta a questa domanda non è un affare da poco: il problema, in verità, è assai più arduo e impegnativo di quello istituzionale, sul quale quando si parla della costituente tutte le aspettative si appuntano, come se solo in esso fosse la chiave magica sufficiente ad aprire tutte le porte dell'avvenire. In verità, quando si tratterà di determinare i diritti « sociali » che la nuova democrazia italiana dovrà garantire a tutti i cittadini per dare un contenuto effettivo alle loro libertà politiche, tutta la struttura economica della società entrerà in discussione: potrà esservi, giuridicamente garantito, un diritto al lavoro senza che vi s'accompagni, in tutti i cittadini, un dovere di lavorare? potrà esservi ancora, ed in che limiti, una proprietà privata che non sia frutto del lavoro? potrà esservi ancora, ed in che limiti, un diritto di successione nella ricchezza, inconciliabile con quella effettiva uguaglianza *in partenza,* non solo giuridica ma anche economica, che soltanto ai più degni dovrebbe permettere di salire, secondo i propri meriti individuali, ai posti di più alta responsabilità?

Certo, a voler preparare a guisa di esercitazione scolastica uno schema ideale di costituzione che si limiti a determinare i fini e non badi ai mezzi, non sarà difficile formulare un elenco di « diritti sociali » che sembri rispondente alle più spinte esigenze di giustizia: diritto al lavoro, diritto alla casa, diritto all'assistenza contro la invalidità e la vecchiaia, diritto al riposo, diritto all'istruzione gratuita fino ai più alti gradi, secondo le attitudini di ciascuno; e così via.

Ma il problema vero non è quello della enumerazione di questi diritti: il problema vero è quello di predisporre i mezzi pratici per soddisfarli, *di trovare il sistema economico che permetta di soddisfarli.* Questo è, in tanta miseria che ci attornia, l'interrogativo tragico della ricostruzione sociale e politica italiana.

Bisogna infatti non perder di vista che il funzionamento pratico e quindi la struttura giuridica di questi cosiddetti « diritti sociali » è fondamentalmente diversa dal funzionamento e dalla struttura dei tradizionali diritti di libertà; perchè, mentre questi hanno, come si è detto, un contenuto *negativo,* in quanto con essi lo stato si impegna solamente *a non fare,* cioè a non ostacolare la libertà individuale, e quindi con essi non si addossa prestazioni positive che gravino sul

bilancio pubblico, i « diritti sociali » mirano ad un aiuto positivo che il singolo attende dallo stato, il quale si impegna con essi a *fare* qualcosa per lui, a dargli qualcosa per sollevarlo dall'indigenza, a fornirgli il lavoro, la casa, l'assistenza, l'istruzione o i mezzi economici per procurarsi tutti questi beni. C'è dunque fra i classici diritti di libertà politica e questi nuovi diritti di libertà sociale una differenza che sotto l'aspetto economico è essenziale: che, se la soddisfazione dei primi *non costa nulla allo stato,* lo stesso non si può dire per i secondi, la soddisfazione dei quali è per lo stato, prima che una questione politica, *una questione finanziaria.* Se si guarda alla loro finalità, è legittimo l'allineamento di questi nuovi « diritti sociali » accanto ai tradizionali « diritti politici » del cittadino in un'unica categoria di « diritti di libertà »; perchè la loro proclamazione deriva, come si è visto, dall'aver riconosciuto che l'ostacolo alla libera esplicazione della persona morale nella vita della comunità può derivare non solo dalla tirannia politica, ma anche da quella economica: sicchè i diritti che mirano ad affrancare l'uomo da queste due tirannie si pongono ugualmente come rivendicazioni di libertà. Ma ciò non toglie che di fronte a queste due categorie di diritti la posizione dello stato, che appare di fronte ad essi come il soggetto passivo, cioè come l'obbligato, sia profondamente diversa: obbligato *a non intervenire* quando si tratta di garantire le antiche libertà politiche, obbligato *a intervenire* quando si tratta delle nuove libertà sociali. Anche la rivoluzione francese, nel proclamare i diritti dell'uomo e del cittadino, prendeva in considerazione la proprietà ed il lavoro (art. 17 della dichiarazione del 1789; artt. 16-19 della dichiarazione del 1793); poichè fin già da allora la questione sociale si presentava in termini di libertà politica. Ma allora della proprietà e del lavoro le costituzioni rivoluzionarie si occupavano unicamente per affermare l'impegno dello stato a non intralciare, nell'esercizio della proprietà o del lavoro, l'iniziativa privata: « *nul genre de travail... ne peut être interdit...* »; « *nul ne peut être privé de la moindre portion de sa propriété...* ». Oggi l'esigenza di giustizia chiede dallo stato tutto il contrario: l'impegno ad assicurare il lavoro ai disoccupati; l'impegno a distruggere la schiavitù economica di chi non ha proprietà. Per questo, a voler collocare questi nuovi « diritti sociali » nelle caselle sistematiche in cui i costituzionalisti classificano i diritti pubblici del cittadino, si vede che essi non potrebbero per la loro struttura esser posti nella stessa casella dei tradizionali diritti di libertà a contenuto negativo, ma dovrebbero piuttosto esser annoverati tra i diritti « civici », come sono denominati dai giuristi quei diritti che ciascuno ha, nella sua qualità di *civis,* ad un aiuto attivo, ad una prestazione positiva delle pubbliche autorità.

VII - *La prova del fuoco della prossima costituente.*

Ed eccoci alla prova del fuoco della costituente italiana: *hic Rhodus, hic salta.*

Quando avremo consacrato in lapidari articoli, come programma minimo di civile convivenza democratica, quei « diritti sociali » senza i quali tutti siamo convinti che non può esistere per il cittadino vera ed effettiva libertà politica, avremo il dovere di domandarci sinceramente quale potrà essere il significato pratico di quella proclamazione; quali mezzi avrà la nuova democrazia per tradurla in realtà; quali speranze non illusorie potrà il povero fondare su quelle solenni promesse di redenzione sociale.

Altri popoli a queste domande hanno già dato o stanno per dare una esauriente risposta. Quando leggiamo nella costituzione russa del 1936 il capitolo dei *Diritti e doveri dei cittadini,* e accanto ai tradizionali diritti di libertà nati dalla rivoluzione francese (ve li ritroviamo tutti, negli artt. 123-128: vi manca solo la libertà di associazione politica, che vuol dire pluralità dei partiti e che a noi occidentali sembra condizione inseparabile di ogni vera democrazia), incontriamo enunciati in termini categorici i diritti « sociali » (artt. 118-122), sappiamo bene qual è il sistema economico con cui la Russia sovietica è già riuscita a trasformare questi astratti principî di giustizia in realtà di vita vissuta: e in ognuno di questi articoli possiamo leggere indicate con grande chiarezza nel capoverso quali sono le istituzioni che garantiscono la attuazione pratica del principio proclamato. E quando, volgendoci verso il lato opposto dell'orizzonte, apprendiamo che anche in Inghilterra la esigenza di una maggiore giustizia sociale viene posta come una continuazione della lotta per i « diritti dell'uomo » iniziata ma non chiusa dalla rivoluzione francese » (1), sappiamo bene che già sono pronti, in un sistema di assicurazioni sociali che fanno capo al famoso piano Beveridge, i mezzi pratici per tradurre subito in realtà quotidiana quella esigenza; e attendiamo con fede, ora che il laburismo ha vinto, questo grandioso esperimento di pacifica rivoluzione sociale, che vuol arrivare ugualmente, attraverso una pianificazione che non interrompa bruscamente l'economia liberale, a quegli stessi fini di giustizia sociale concepita come condizione della libertà individuale, verso i quali si è messa in cammino, per diverse vie corrispondenti a diverse condizioni storiche, la Russia comunista.

---

(1) Cfr. la bella conferenza del cap. E. D. Astley, *Sviluppo politico e sociale dell'Inghilterra,* Firenze, 1944.

Ma l'Italia quali vie potrà seguire per arrivare a quelle stesse mete? Quali saranno, in questa aspirazione comune in cui si sentono affratellati i lavoratori di tutto il mondo, le possibilità di attuazione pratica della giustizia sociale che saranno lasciate a questa desolata Italia dalla situazione di universale miseria in cui il fascismo l'ha fatta piombare?

L'esperienza di economia comunista che ha dato i suoi frutti in Russia, l'esperienza di economia pianificata che forse darà i suoi frutti in Inghilterra potranno servire a indicare alla prossima costituente le mète di giustizia sociale verso le quali anche l'Italia dovrà mirare; ma, in quanto ai mezzi (se il problema non sarà posto in termini mondiali o almeno europei: unica nostra speranza) dovremo fare i conti colle risorse di casa nostra: colle devastate e inaridite risorse di questa povera casa in gran parte crollata.

Queste saranno veramente le giornate serie della costituente: vi saranno giorni lieti, quelli in cui seppelliremo la monarchia e infrangeremo, colla creazione delle autonomie regionali, la tirannia del burocratismo accentratore. Ma quando ci accingeremo a risolvere il problema della giustizia sociale, forse dovremo mestamente accorgerci che ci sarà consentito soltanto di porre alcune premesse: formulare in articoli promesse consolatrici, segnare mete che servano di faro al cammino dei figli e dei nipoti; e intanto limitarci ai primi passi, a chiedere a chi soffre di continuare, chissà per quanto, a soffrire. Quando ci verrebbe voglia di prendere come modello per la formulazione dei « diritti sociali » nella nuova costituzione italiana gli articoli così espliciti della costituzione sovietica, ci dimentichiamo che questa costituzione è stata redatta come codificazione conclusiva di una rivoluzione *già compiuta*: di una rivoluzione già compiuta non solo politica, ma anche *sociale*. Ma in Italia, se la costituente potrà, in quanto al problema istituzionale, limitarsi a prendere atto di una rivoluzione già virtualmente avvenuta (perchè, come ormai tutti comprendono, le istituzioni monarchiche sono rimaste schiacciate senza speranza sotto le macerie del fascismo), si troverà invece, per quanto attiene al problema sociale, dinanzi a un rinnovamento *ancora da iniziare*. Quale atteggiamento potrà prendere, di fronte a questo problema, la nuova costituzione italiana? Ogni costituzione, se vuole avere un significato giuridico, deve limitarsi a registrare in formule poteri già forniti di organi o diritti già forniti di tutela; come potrà la costituente italiana tradurre in norme legali soltanto una serie di propositi e di speranze? Dovrà redigere un elenco di tendenze, non di fatti compiuti.

Questo mi pare che sia il problema centrale, non solo politico ma anche tecnico, della costituente: questa dura necessità, imposta

dalla situazione in cui l'Italia si trova, *di dover essere non l'epilogo, ma il prologo di una rivoluzione sociale.*

Agli uomini che dovranno redigere la legge costituzionale da cui dovrà iniziarsi il nuovo risorgimento italiano, si presenteranno in forma di problemi tecnici le stesse domande accorate che quasi settanta anni fa poneva il poeta:

... Quando il lavoro sarà lieto?
quando securo sarà l'amore?

quando una forte plebe di liberi
dirà, guardando nel sole: — Illumina
non ozi e guerre a i tiranni,
ma la giustizia pia del lavoro?

Io temo, ahimè, che a questa angosciosa domanda, la costituente non potrà rispondere: — Oggi! — Ma questo non dovrà scoraggiarci: noi uomini vissuti e destinati a morire in questa tragica stagione del dolore, dovremo serenamente creare nella costituente lo strumento per aprire alla giustizia sociale le vie di un domani che noi potremo soltanto intravedere.

(*giugno* 1945).

F

L'avvenire dei diritti di libertà

I - *La crisi della libertà.*

Questo libro di Francesco Ruffini (1), che si ripubblica oggi dopo una pausa di vent'anni, da quando nel 1926 uscì la prima volta nelle edizioni di Piero Gobetti, volle essere e fu, prima che un saggio scientifico, una battaglia politica: un atto di fede nella libertà non solo pericolante ma già in quell'anno messa in catene, e insieme un atto di grande coraggio civile in un periodo di diffuso e dilagante terrore. Nella nobile vita di Francesco Ruffini, spentosi nel 1934, questo atto di coraggio non fu il solo: nella scienza e nella stampa politica, dalla cattedra e dalla tribuna parlamentare egli fu uno di quei liberali italiani (non molti) che non persero mai, neanche quando il fascismo ai suoi primi inizi si presentava colla maschera seducente dello « stato forte » restauratore della legalità, la fede nella libertà e la coerenza necessaria per professarla. Ma purtroppo, quando il Ruffini scrisse nel 1926, la battaglia per la libertà appariva, ed era già (per chi si fermasse a quel momento politico) una battaglia perduta. Questa appassionata difesa dei diritti di libertà, nella quale il giurista dà la mano allo storico ed al politico, non poteva più suscitare, al momento in cui risuonò come un grido dell'ultim'ora, proprio alla vigilia della totale soppressione della libertà di stampa, una reazione capace di arrestare il fatale slittamento degli eventi verso la dittatura. Il libro generoso sparì dalle vetrine e diventò quasi subito introvabile, ridotto alla missione sotterranea, efficace soltanto a lunga scadenza, della stampa clandestina. Ma il crollo della libertà ormai seguiva il suo corso e si avviava verso catastrofi così immani e così universali che neanche il più pessimista dei profeti avrebbe osato, nel 1926, prevedere: mentre la gran maggioranza della « borghesia » non

---

(1) Francesco Ruffini, *Diritti di libertà*, ed. Gobetti (Torino, 1926); ripubblicato dalla « Nuova Italia » di Firenze (1946).

solo non osava resistere, ma anzi dava una mano alla soppressione di quelle libertà politiche che era stato suo vanto e sua funzione storica aver conquistate, mentre il monarca tradiva a ripetizione, pur di conservare la lista civile e il nome di re, le libertà statutarie la cui salvaguardia era stata l'unica giustificazione della monarchia profittatrice del risorgimento, le masse lavoratrici assistevano senza commuoversi al tramonto delle « libertà borghesi », come se non fossero affar loro: e l' « aventino », convinto che i « sacri principî » avrebbero finito col trionfare per sola virtù mistica della loro forza legalitaria, lasciava passare il momento in cui, dietro una guida animosa, pochi armati risoluti sarebbero bastati a riconquistar la libertà sulle piazze.

Eppure nel 1926 l'esperimento fascista poteva parere ragionevolmente, a guardarlo con occhio di giurista nel quadro costituzionale dell'Europa appena uscita dalla prima guerra mondiale, anacronistico ed assurdo: questo rinnegare i diritti di libertà, mentre in tutto il mondo, presso le genti più diverse, il sistema costituzionale basato su questi diritti si diffondeva in estensione e in profondità, si presentava come un tentativo a ritroso della storia, destinato a fallire nell'isolamento e nel ridicolo. « Isolamento costituzionale » definiva infatti il Ruffini la posizione dell'autoritarismo fascista nell'Europa democratica e liberale del 1926. Perfino la Germania, allora, pareva democratica: dopo la costituzione di Weimar anche la scienza giuridica tedesca si era fatta assertrice dei diritti di libertà, contro i quali aveva polemizzato, nel cinquantennio precedente, la dottrina dell'epoca imperiale; sicchè il Ruffini poteva giustamente paragonare quei costituzionalisti italiani che, per servire il nuovo regime, si erano messi d'impegno a rispolverare le teorie autoritarie dei pubblicisti tedeschi di mezzo secolo addietro, ai « musicanti di provincia che rilevano in blocco, senza guardare tanto per il sottile, strumenti, divise e pennacchi smessi da quelli della metropoli ».

Ma la situazione che vedeva il Ruffini era lontana nel 1926 dall'aver raggiunto il suo acme: perchè tornasse ad esservi in Europa il senso profondo e religioso della libertà, senza il quale le costruzioni dei costituzionalisti sono illusorî castelli di cartapesta, era necessario che anche in Germania si sprofondasse non solo il sistema basato sulle libertà politiche, ma l'idea stessa del diritto: se il Ruffini avesse potuto seguire dal 1926 fino ad oggi l'immane dramma di questo ventennio, avrebbe visto la scienza giuridica tedesca non solo tornare, dopo l'avvento di Hitler, alla concezione autoritaria assertrice dell'onnipotenza dello stato e negatrice delle libertà politiche individuali, ma arrivare addirittura a teorizzare l'abolizione della nozione di diritto soggettivo, *di qualsiasi diritto soggettivo*, cioè, in sostanza, della stessa rilevanza giuridica della persona: *Kampf wider das subiektive Recht*,

che poi voleva dire, nel campo morale, guerra contro la personalità umana.

Oggi che l'esperimento ha terminato (possiamo sperarlo?) il suo spaventevole ciclo, i resti dell'Europa devastata danno al libro del Ruffini quella forza di persuasione che nel 1926 esso non riuscì ad avere: allora esso portava in appendice, come « documenti » della tesi liberale in esso sostenuta, le carte costituzionali della gran maggioranza degli Stati civili; oggi esso porta le rovine dell'Europa distrutta.

Ci son voluti questi vent'anni e questi documenti per far capire agli italiani che il Ruffini aveva ragione: e forse c'è ancora qualcuno che non ha capito.

II - *Libertà individuali e democrazia.*

Il libro, che aveva, nel 1926, un valore immediatamente polemico e solo a lunga scadenza ricostruttivo, oggi può essere, alla vigilia della costituente, un limpido ed autorevole contributo, collaudato dalla esperienza, alla ricostruzione del nostro ordinamento costituzionale; oggi, quando dovere primordiale di ogni partito è quello di chiarire, e innanzitutto di chiarirsi, le idee, queste pagine appassionate di uno storico che era anche un giurista, potranno aiutarci in quel duro lavoro che è la pietra di paragone della vitalità di ogni moto rivoluzionario: quello di tradurre gli ideali rivoluzionari in articoli di legge, comprensibili ed esatti come assiomi di aritmetica elementare. La tecnica legislativa, che costringe il legislatore a esprimere le tendenze politiche in regole di condotta pratica, è una grande scuola di concretezza e di chiarificazione: la legge è quel minimo di politica che riesce a passare attraverso gli schemi e gli schermi della ragione. In questo compito, Francesco Ruffini è accanto a noi, vivo come allora; anche oggi possiamo trarre dalla sua parola precorritrice un lume per orientarci in quest'alba ancor così ingombra di foschia.

Ma forse non ci sarà più bisogno oggi di insistere su quello che allora, quand'egli scriveva in difesa della libertà minacciata e bestemmiata, poteva essere un argomento di polemica attuale: cioè sul « fondamento giuridico » di questi diritti. Tra la dottrina giusnaturalistica che li considerava come fondati sulle insopprimibili esigenze spirituali della natura umana e quindi come anteriori allo stato, e il positivismo giuridico che li riduceva ad un effetto riflesso e successivo della preesistente sovranità dello stato, dalla quale sola si faceva dipendere così il riconoscimento come la negazione di essi, il Ruffini sosteneva allora che nello « stato di diritto » i diritti individuali e l'or-

dinamento giuridico sorgono ad un punto: sicchè non ha senso ricercare quale di essi sia il *prius* e quale il *posterius*. Ma oggi, qualunque sia la conclusione a cui si possa arrivare in sede di astratta dogmatica, è certo che il problema concreto si presenta per noi, *sperimentalmente*, proprio nei termini in cui allora lo poneva il Ruffini: perchè oggi, mentre da una parte la libertà ha ripreso nelle coscienze, attraverso le prove di questi vent'anni, il valore di una indiscutibile esigenza morale che si pone come premessa preliminare d'ogni ricostruzione costituzionale, da un'altra parte la costituente rappresenta proprio il momento iniziale di questa ricostruzione: sicchè, nel deliberare la nuova costituzione italiana, noi potremo assistere e partecipare a questo contemporaneo levarsi sull'orizzonte giuridico delle libertà individuali e della sovranità dello stato, che le riconoscerà, più che come suoi propri limiti necessari e congeniti, come sua giustificazione e come sua fonte. Nel momento storico che attraversiamo, libertà individuali e stato non si presentano più, come quando il Ruffini scriveva, in posizione di forze antagoniste, nel contrasto delle quali possa essere utile discutere, a sostegno dell'una o dell'altra, della loro priorità; oggi, se si deve credere alle professioni di fede democratica che figurano come premessa comune nei programmi di tutti i partiti, le libertà individuali si pongono come elementi essenziali del sistema costituzionale che si sta per fondare, come forze motrici senza le quali il congegno dello stato democratico non potrebbe entrare in azione. Libertà individuale e sovranità popolare si affermano insieme come espressioni di una stessa concezione politica, e insieme troveranno la loro sistemazione giuridica nella costituzione, come due aspetti complementari ed inscindibili della democrazia tradotta in ordinamento positivo.

Bisogna infatti guardarsi, se si vuol cogliere il carattere veramente essenziale del sistema democratico, dal considerare il riconoscimento delle libertà individuali come una specie di *actio finium regundorum* tra due vicini ostili e scontrosi, l'interesse privato e l'interesse pubblico, che possano andar d'accordo solo a patto di restare chiusi ciascuno nei propri confini. La libertà e l'autorità possono guardarsi in cagnesco e diffidare l'una dell'altra, fino a quando l'autorità vanti la sua legittimazione in un titolo diverso da quello della volontà del popolo, perchè in tal caso le libertà individuali si affermano come rivendicazioni contro lo sconfinato arbitrio dell'autorità e come riduzioni e menomazioni dell'ingerenza di questa: come si vede all'origine delle monarchie costituzionali, dove le libertà politiche dei cittadini sono state reclamate in odio all'assolutismo del monarca, e strappate dopo lunghe lotte alla resistenza di un'autorità che trovava il titolo della sua legittimazione nel diritto divino.

Ma nel sistema democratico i diritti di libertà non si possono concepire come espressione di diffidenza e di difesa contro l'autorità; ma piuttosto come strumenti e come condizioni della autorità medesima. Nella democrazia l'autorità trova la sua fonte nella volontà dei cittadini, ossia nell'attivo concorso di essi alla formazione delle leggi nelle quali l'esercizio del comando perde il carattere di arbitrio e diventa giustizia e ragione; sicchè, in questo sistema di governo, le libertà politiche individuali sono necessarie non solo come riconoscimento pratico della dignità morale di ogni persona, ma anche come mezzo per rendere operosa e feconda la vita politica della comunità e per far sì che tutti i cittadini possano liberamente contribuire colle loro migliori forze individuali alla formazione ed al perenne rinnovellarsi di quella volontà comune che, nella democrazia, è l'unico titolo di legittimazione dell'autorità. In un ordinamento democratico le libertà individuali, anche se non fossero reclamate dai singoli a difesa dell'interesse privato, apparirebbero come primordiale esigenza dell'interesse pubblico: perchè di esse la democrazia ha bisogno per respirare, ossia per vivere.

Per questo, mentre la costituente sta per fondare una democrazia, sarebbe tempo perduto discutere se nasce prima lo stato o prima i diritti di libertà: come sarebbe inutile mettersi a discutere, quando un neonato sta per venire alla luce, se nasce prima l'uomo o i polmoni che gli danno il respiro.

III - *Libertà, garanzia di espansione sociale.*

I diritti di libertà debbono dunque sopra tutto concepirsi, in un ordinamento democratico, come *la garanzia della partecipazione del singolo alla vita politica della comunità*. Per poter rendere effettiva e fruttuosa questa partecipazione non basta che il cittadino abbia i diritti politici attivi (per es., il diritto di voto) che gli assicurano di poter contare quantitativamente come unità nel computo della volontà comune, ma occorre che gli sia permesso di sviluppare e di arricchire nella vita della comunità la sua personalità spirituale, in modo da poter far valere in questo computo il valore delle sue qualità, e da poter portare, nell'esercizio dei suoi diritti politici, la luce di una coscienza e la guida di una convinzione. Sotto questo aspetto i diritti di libertà appaiono come garanzie stabilite per aiutare il cittadino a formarsi una coscienza politica e per far sì ch'esso diventi colle sue qualità individuali un elemento attivo della vita pubblica; tutti i diritti di libertà, se si guardano sotto questo profilo, si rivelano preordinati a sviluppare nel cittadino le qualità politiche: la libertà di pensiero e di religione, la libertà di parola e di stampa, la libertà di riu-

nione e di associazione mirano in sostanza a favorire questa *espansione* del singolo nella vita politica della comunità, questo allargarsi del suo egoismo in interessi collettivi sempre più vasti. Per questo, mentre nelle comuni classificazioni dei diritti di libertà si distinguono le libertà *civili* da quelle *politiche* (i diritti dell'*uomo* da quelli del *cittadino*), io preferisco considerare qui tutti i diritti, che mirano a proteggere l'indipendenza del singolo entro la propria sfera, nella loro funzione *altruistica*: e annoverarli tutti tra le libertà *politiche*. I diritti di libertà non devono infatti concepirsi, in regime democratico, come il recinto di filo spinato entro cui il singolo cerca scampo contro gli assalti della comunità ostile, ma piuttosto come la porta che gli consente di uscir dal suo piccolo giardino sulla strada, e di portare di lì il suo contributo al lavoro comune: libertà, non garanzia di isolamento egoistico, ma garanzia di espansione sociale. Dove questi diritti sono soppressi, lì veramente, quasi per tentar di nascondersi all'invadente oppressione dell'autorità, l'individuo si richiude in sè stesso e perde il senso della solidarietà collettiva. Proprio per questo i primi passi della ricostruzione politica sono così difficili ed esitanti per un popolo che per vent'anni ha dovuto vivere senza quell'educazione alla socievolezza ed all'altruismo che può esser data soltanto dalla libertà.

IV - *Struttura giuridica dei diritti di libertà.*

Considerate nella funzione finora descritta, le libertà politiche si configurano, secondo le classificazioni dei giuristi, come diritti soggettivi *pubblici, negativi, costituzionali.*

Pubblici, perchè in essi si concreta un rapporto giuridico tra il cittadino e lo stato; *negativi,* perchè lo stato, riconoscendo i diritti di libertà del cittadino, non si impegna a fare alcunchè di positivo a suo favore, ma assume soltanto un dovere *di astenersi,* di lasciare che il cittadino compia indisturbato certe attività di cui mediante questi diritti gli si vuole assicurare il libero esercizio; *costituzionali,* perchè il riconoscimento di questi diritti è posto come parte integrante e insopprimibile della costituzione dello stato.

Su questi due ultimi caratteri, la *negatività* e la *costituzionalità,* è opportuno soffermarsi, per intendere con maggior precisione la portata pratica di questi diritti.

Il loro carattere negativo non deve indurre a confondere la zona su cui essi operano colla zona della « indifferenza » giuridica. L'ordinamento giuridico ha sempre una sfera limitata, nel senso che di larghissimi campi dell'attività umana il diritto si disinteressa, perchè non

toccano nè direttamente nè indirettamente interessi dello stato (1). Queste attività, nelle quali il diritto non penetra nè per vietare nè per imporre, costituiscono il territorio del « lecito », cioè di quelle confuse e generiche *libertà di fatto*, che sono giuridicamente irrilevanti, perchè lo stato non ha sentito il bisogno di individuarle e di accompagnarle con una specifica garanzia. Ma con queste libertà di fatto non si devono confondere i diritti di libertà, i quali appunto perchè sono veri e propri diritti, hanno una specifica rilevanza giuridica, consistente in ciò: che, per le specifiche attività prese in considerazione da questi diritti, la libertà non significa solo che lo stato non le vieta, ma anche, e sopra tutto, che lo stato *si è impegnato a non vietarle*. L'essenza giuridica della libertà di stampa, ad esempio, non consiste nella possibilità di fatto che il cittadino ha di far stampare e diffondere i propri scritti, ma nell'obbligo assunto dallo stato di non servirsi della sua autorità per ostacolarlo in questa sua attività. Per intendere l'importanza delle libertà politiche bisogna mettere l'accento *piuttosto sul dovere che sul diritto*: più che come diritti dei cittadini, contano come doveri dello stato.

Non si tratta dunque di attività meramente lecite, che rientrino nella zona generica della indifferenza giuridica: si tratta invece di attività singolarmente individuate, il cui indisturbato svolgimento è sembrato così rilevante per la vita dello stato da farne oggetto di specifiche promesse costituzionali. E proprio partendo da questo carattere *negativo* dei diritti di libertà, si può arrivare a spiegare la ragione dell'altro loro carattere tipico, cioè della loro *costituzionalità*. E' evidente infatti che lo stato, impegnandosi a non valersi della sua autorità per menomare queste libertà, viene in sostanza a limitare preventivamente l'esercizio della propria sovranità: l'avere inserito la promessa di rispettar questi diritti nella stessa legge fondamentale da cui lo stato prende vita, significa impegno preso dallo stato di *non servirsi del potere legislativo* per ritogliere o menomare questi diritti. C'è in questo un'autolimitazione preventiva dell'onnipotenza legislativa, ossia una regola tipicamente costituzionale, perchè attinente all'esercizio di una funzione della sovranità. Questo vuol dire, insomma, che se lo stato, violando la promessa inserita nella costituzione, fa una legge per sopprimere o menomare i diritti di libertà, questa è una legge *anticostituzionale*, che rompe la legalità costituita e rimette in discussione l'esistenza stessa della costituzione. Ciò non esclude (l'esperienza della monarchia italiana lo dimostra) che il governo, che ha in mano il potere, possa di fatto, violando la costituzione, sopprimere con

(1) ROMANO, *Principii di dir. costituzionale generale*, 1945, pag. 173.

leggi arbitrarie i diritti di libertà garantiti dalla costituzione; ma quando questo avviene, si tratta necessariamente di un « colpo di stato », in seguito al quale lo stato costituzionale che esisteva prima *non esiste più*, e subentra al suo posto *un'altra cosa*, cioè un governo *di fatto*, la cui sorte non potrà più decidersi sul piano della legalità, ma dovrà necessariamente riportarsi su quello meramente politico dell'urto tra forze reazionarie e forze rivoluzionarie.

V - *Evoluzione storica dei diritti di libertà*

Quello che si è detto finora non significa che l'elenco dei diritti di libertà si debba considerare immutabile e eterno: quasi che si possa stabilire una volta per sempre quali siano le specifiche attività individuali il cui libero esercizio debba essere costituzionalmente garantito per mettere il cittadino in condizione di partecipare attivamente alla vita politica della comunità. Quali debbano essere tali attività, le contingenze storiche potranno di volta in volta suggerirlo: il valore politico della persona umana non è stato riconosciuto nelle carte costituzionali tutto in una volta, ma vi è penetrato gradualmente attraverso rivendicazioni successive di singole libertà, impegnate e concentrate come forze di resistenza e di reazione proprio su quei punti dove più pesante e insopportabile si faceva sentire la compressione della tirannia: non dunque proclamazioni a vuoto di principî astratti, ma strumenti di assalto foggiati secondo il bisogno, per rimuovere uno dopo l'altro gli ostacoli concreti che via via si presentavano a sbarrare il cammino della libertà. Sicchè giustamente, parlando della dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, si potè dire che ogni articolo di essa « ha, oltre una faccia astratta, una faccia concreta; è l'affermazione di un principio astratto e la negazione di un patto concreto » (1).

Se seguiamo il cammino percorso dai diritti di libertà, dalle prime « dichiarazioni » americane e francesi, fino alle formulazioni legislative ch'essi hanno avuto nelle più recenti costituzioni europee, assistiamo a un processo graduale di arricchimento e di specificazione di queste libertà: la tendenza della personalità umana ad espandersi nella vita politica, che inizialmente sembrava soddisfatta da poche libertà essenziali, sente il bisogno di conquistare sempre nuove libertà o di precisare sempre meglio quelle già ottenute, via via che le forze sociali oppongono in nuove direzioni nuovi ostacoli alla sua espansione.

L'elenco dei diritti di libertà è pertanto un elenco *aperto*, che non

(1) MONOD, in SALVEMINI, *La rivoluzione francese*, 4ª ed., pag. 191.

si può scorciare senza regredire verso la tirannia, ma che viceversa è destinato ad arricchirsi di altre voci quanto più si inalza il livello dell'educazione politica di un popolo o si affina il sentimento della dignità morale dell'uomo come elemento attivo della comunità.

Il cammino dei diritti di libertà si identifica col cammino della civiltà. Come è potuto dunque avvenire che questo movimento secolare di arricchimento spirituale della persona umana, e insieme di partecipazione sempre più attiva del cittadino alla vita sociale, abbia subito nell'ultimo ventennio, più che un arresto, un brusco regresso, proprio quando pareva che alla fine della prima guerra mondiale esso avesse conquistato il mondo?

VI - *Discredito delle libertà borghesi.*

Questo subitaneo crollo nel quale per un ventennio è sembrato che stesse per inabissarsi il sistema costituzionale basato sui diritti di libertà, non è derivato, come si è sentito ripetere tante volte dallo psittacismo politico del periodo fascista, da un germe di dissolvimento che sarebbe congenito di questo sistema, nel quale fatalmente « la troppa libertà degenera in licenza », ma proprio da una ragione opposta, cioè non da eccesso di libertà, ma, al contrario, da « manco di libertà »: ossia dal fatto che i diritti di libertà, quali erano stati formulati dalla rivoluzione francese in corrispondenza colle esigenze storiche di quel momento, si sono a poco a poco rivelati insufficienti, finchè il loro elenco rimaneva immutato, a garantire lo sbocco nella vita politica di sopravvenienti esigenze sociali che cercavano espansione in altre direzioni. Eliminati, colla dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, gli ostacoli che in quel momento si opponevano concretamente alla libera espansione dell'individuo nella vita politica, il privilegio e lo sfruttamento assunsero altre forme e si organizzarono dietro altre trincee; sicchè, a poco a poco, non i diritti di libertà in generale, ma quell'elenco chiuso di diritti di libertà così come era stato formulato secondo esigenze storiche ormai superate, sembrò diventato a sua volta, di fronte alle nuove esigenze, strumento fatto per difendere il privilegio e per impedire la espansione della libertà in cerchie sempre più vaste. Caduti, colla proclamazione teorica della uguaglianza politica di tutti i cittadini, gli ostacoli giuridici che sotto l'*ancien régime* avevano riservato a ristrette categorie sociali la partecipazione al governo della cosa pubblica, la libertà incontrò i suoi ostacoli non più sul piano politico, *ma sul piano economico*: e da quello in questo si spostò la lotta per la libertà.

E' noto che la conquista rivoluzionaria dei diritti dell'uomo e del cittadino fu, per il terzo stato, il coronamento di una potenza che già

si era affermata nel campo economico e culturale (1): fu difesa di un benessere economico già acquisito, e strumento per conservarlo, non inizio di una rivoluzione sociale colla quale il quarto stato fosse ammesso a una più equa repartizione della ricchezza. La inviolabilità della proprietà privata, se volle essere, quando fu proclamata, esigenza di liberazione dalle vecchie prestazioni feudali a cui era stata asservita, diventò, una volta codificata, esigenza di conservazione di quelle ricchezze che la borghesia era già riuscita ad acquisire col lavoro intellettuale e col commercio.

Come da queste premesse sorse e si affermò nel corso del secolo XIX il socialismo, è storia nota: e qui non se ne vogliono neanche accennare le grandi tappe. Soltanto si vuol cogliere qui quali furono, sotto l'aspetto giuridico, le cause del progressivo discredito in cui caddero quelle libertà politiche che, al momento in cui furono proclamate, erano sembrate garanzia sufficiente per la instaurazione di un ordinamento democratico in cui la sovranità popolare fosse, più che un ideale teorico, una realtà pratica e vivente. La proclamazione dei diritti di libertà doveva significare, per chi era partito dalla premessa della uguaglianza naturale di tutti gli uomini, proiezione di questa premessa sul piano politico: uguale partecipazione di tutti i cittadini alla vita dello stato, uguale libertà di voto, uguale libertà di avere un'opinione, di divulgarla nella stampa, di associarsi in partiti per farla diventare opinione della maggioranza e tradurla in leggi; uguale accesso per tutti, secondo le proprie capacità, alle professioni liberali ed agli uffici pubblici. In questo modo, si diceva, ognuno avrebbe potuto, liberamente valendosi delle proprie attitudini, distinguersi in mezzo alla moltitudine ed assumere nella comunità, in virtù di questa uguale possibilità garantita *in partenza*, il posto corrispondente ai suoi meriti. I diritti di libertà erano dunque lo strumento necessario e sufficiente per assicurare al popolo il governo dei migliori, e questo perenne rinnovamento dei ceti dirigenti che, attraverso la libera gara delle iniziative individuali in ascesa, è il pregio essenziale della vera democrazia.

Ma, a lungo andare, coll'entrar sulla scena della storia di nuove forze sociali, le libertà politiche così codificate si rivelarono insufficienti a garantire la libera partecipazione di tutti i cittadini alla vita della comunità. Quella libertà individuale di iniziativa che sembrava pienamente garantita dalle libertà politiche, si trovò in realtà sempre più ostacolata, non più dal privilegio politico, ma da quello economico: quella inviolabilità della proprietà privata e della iniziativa

(1) Rosselli, *Socialismo liberale* (ed U, 1945), pag. 92.

privata sul piano economico, che si era presentata da principio come difesa della ricchezza prodotta dal lavoro e come necessaria integrazione della personalità morale sul piano materiale, diventò, attraverso l'eredità illimitata, libertà per i ricchi di accumulare ricchezze sempre più sconfinate, privilegio dei nati ricchi di continuare ad esser ricchi senza lavorare, e, attraverso lo sviluppo della grande industria, creazione di monopoli capitalistici, altrettanto tirannici quanto erano stati nell'*ancien régime* i privilegi politici, che la rivoluzione francese aveva spezzato. « Col suo dogmatico attaccamento al principio del liberalismo economico (proprietà privata, diritto d'eredità, piena libertà d'iniziativa in tutti i campi, lo stato organo di polizia e di difesa) il liberalismo borghese ha imprigionato lo spirito dinamico del liberalismo nel quadro precario di un sistema sociale » (1). Sembrò così che il liberalismo economico, anzichè una necessaria integrazione delle libertà politiche di tutti i cittadini, fosse diventato in realtà lo strumento di cui il terzo stato si serviva per monopolizzare queste libertà politiche e per annientarle di fatto in tutti coloro che non avevano i mezzi economici per farle valere. Le libertà politiche diventarono le « libertà borghesi », cioè le libertà dei ricchi di sfruttare i poveri: e si sentì che per realizzare una vera democrazia, cioè un sistema di governo in cui fosse ugualmente garantita a tutti i cittadini la libera partecipazione alla vita della comunità, *non bastavano più le sole libertà politiche,* le quali, quando si accompagnassero al privilegio economico, servivano in realtà a far del potere politico un monopolio cristallizzato degli abbienti e ad impedire quel perpetuo affluire delle più sane forze popolari al rinnovamento del ceto dirigente, che è l'essenza stessa della democrazia. Le libertà politiche erano, *di diritto,* scritte per tutti, ricchi e poveri; ma in realtà solo i ricchi avevano la possibilità *di fatto* di valersene a proprio vantaggio. Di qui il loro discredito nelle masse popolari: di qui la tendenza dei « proletari » non solo a disinteressarsene come di uno strumento inadatto alla loro lotta, ma a diffidarne come di un'arma ostile alle loro rivendicazioni.

VII - *Apparizione dei « diritti sociali ».*

Sorse così, di fronte all'esigenza individuale sul piano politico, la esigenza sociale sul piano economico; la quale si presentò da principio come un'esigenza *antiliberale,* cioè limitatrice della libertà economica. Per distruggere il privilegio economico, ostacolo alla uguale partecipazione di tutti i cittadini alla vita politica, sembrò che non ci fosse altra via che quella di sopprimere la proprietà privata e la libertà di

(1) ROSSELLI, *Socialismo liberale,* pag. 92.

iniziativa individuale nel campo economico: e che, per impedire le sperequazioni nella distribuzione della ricchezza, che fatalmente si traducevano sul piano politico in una disuguale possibilità di partecipazione effettiva alla vita sociale e quindi in una effettiva *disuguaglianza politica* negatrice della democrazia, non ci fosse altro mezzo che quello di limitare o addirittura di inibire la ricchezza individuale e di trasferire alla comunità la funzione di regolarne la ripartizione.

Ma qui, per chi ricerchi la evoluzione storica dei diritti di libertà, più che la struttura di quegli ordinamenti costituzionali, come il sovietico, nei quali la preminenza dell'interesse sociale fu concepita nella fase iniziale come assoluta soppressione delle libertà individuali, è istruttivo indagare come l'esigenza sociale, affermata nel campo economico, abbia reagito su quegli ordinamenti che non hanno rinunciato a considerar le libertà politiche individuali come base necessaria d'ogni democrazia; e come alla fine abbia portato, piuttosto che a sopprimere queste libertà, ad integrarne ed arricchirne l'elenco, sì da far concepire un tipo di democrazia, *non più soltanto politica ma anche sociale*, più effettiva e più piena di quella uscita dalla rivoluzione francese.

L'apparir di questa nuova concezione è stata segnata dall'affacciarsi nelle costituzioni più recenti di una nuova categoria di diritti del cittadino, che, accanto alle libertà politiche tradizionali, sono stati denominati dai costituzionalisti come « diritti sociali »: la cui funzione è essenzialmente quella di garantire ad ognuno, a integrazione delle libertà politiche, quel minimo di « giustizia sociale » ossia di benessere economico, che appare indispensabile a liberare i non abbienti dalla schiavitù del bisogno, e a metterli in condizione di potersi valere anche *di fatto* di quelle libertà politiche che *di diritto* sono proclamate come uguali per tutti.

Un primo albore di questi « diritti sociali » si trova già in quel progetto di dichiarazione dei diritti che Massimiliano Robespierre presentò il 21 aprile 1793 alla società dei Giacobini: ivi, all'art. 11, era formulato il principio che « la società è obbligata a provvedere alla sussistenza di tutti i suoi membri, sia procurando loro il lavoro, sia assicurando a coloro che non sono in grado di lavorare i mezzi per vivere ». La stessa tendenza ispirava, in forma assai vaga, qualche disposizione della costituzione repubblicana francese del 4 novembre 1848 (specialmente l'art. 8 del preambolo, dove era proclamato che « la repubblica deve, per mezzo di una assistenza fraterna, assicurare l'esistenza dei cittadini bisognosi... »). Ma, se si vuol giungere da questi accenni di generica filantropia a precise disposizioni che affermino l'intervento dello stato nell'attività economica per garantire ad ogni cittadino un minimo di giustizia sociale, bisogna attendere le costitu-

zioni democratiche uscite dalla prima guerra mondiale; nelle quali, anche quando esse non tendono alla soppressione del sistema capitalistico, non rimangono senza qualche eco i nuovi principî di uguaglianza sociale posti a base della rivoluzione sovietica. L'abolizione della proprietà privata, l'elevazione del lavoro ad unico titolo di partecipazione al potere politico e la soppressione di « ogni sfruttamento dell'uomo da parte di altri uomini » che sono principî basilari dell'ordinamento comunista fino dal suo inizio, si traducono, nella costituzione tedesca di Weimar dell'11 agosto 1919 e nelle altre costituzioni democratiche europee successive ad essa, in formule assai più blande, che, pur lasciando fondamentalmente intatta la struttura del sistema capitalistico, affermano il carattere funzionale della proprietà privata (art. 153 della cost. di Weimar: « La proprietà porta con sè doveri: essa deve essere usata nell'interesse generale »), l'interesse pubblico alla protezione del lavoro (art. 157), e in generale il dovere dello stato di intervenire a organizzare la vita economica secondo certi principî di giustizia sociale. Si assiste così ad una sempre più chiara e più consapevole tendenza dei popoli ad *impostare la questione sociale in termini costituzionali*: cioè a considerare come problemi di ordine politico primordiale, tali da esser presi in considerazione nella costituzione, i problemi attinenti al benessere economico dei cittadini. Questo è forse il fenomeno più degno di nota nelle costituenti europee uscite dalla prima guerra mondiale, anche in quelle alle quali non parteciparono in maggioranza i partiti socialisti. « Le nuove costituzioni — ha osservato esattamente il MIRKINE-GUETZEVITCH — sono state redatte in un'epoca in cui la questione sociale non può più essere ignorata da alcun partito politico. Nel secolo XX il senso sociale del diritto non è più una dottrina, non è più una scuola giuridica, è la vita stessa. Così non è più possibile distinguere tra l'individuo politico e l'individuo sociale; assistiamo alla trasformazione, non solamente della teoria generale dello stato, ma anche della dottrina dei diritti individuali. Lo stato non si può più limitare a riconoscere l'indipendenza giuridica dell'individuo, deve creare un minimo di condizioni necessarie per assicurare la sua indipendenza sociale. Di qui due processi simultanei: da una parte tra i diritti fondamentali figura a poco a poco la difesa della persona sociale, e dall'altra, in nome di un principio oggettivo, solidarietà, ordine pubblico, ecc., si assiste a una limitazione di certi diritti fondamentali, in particolare del diritto di proprietà, che si trasforma sotto i nostri occhi... » (1).

---

(1) MIRKINE-GUETZEVITCH, *Les constitutions de l'Europe nouvelle* (Paris, 1928), pagg. 37-38.

VIII - *Giustizia, condizione di libertà.*

Se « diritti sociali » fecero la loro apparizione nelle carte costituzionali alla fine della prima guerra mondiale, l'idea che l'intervento dello stato nella organizzazione e nella repartizione della ricchezza possa dar luogo a diritti individuali ben definiti, e che questi diritti si debbano classificare non come contrapposti alle libertà politiche, ma accanto ad esse e compresi con esse nella grande categoria dei diritti di libertà, è idea più recente. Solo in questi ultimi anni si è cominciato a sentire che il carattere sociale di questi diritti non doveva farli considerare come negazione delle libertà individuali, ma anzi come uno svolgimento e una prosecuzione di esse: solo in questi ultimi anni, e sopra tutto per merito di Carlo Rosselli, l'esigenza di giustizia sociale è stata sempre più consapevolmente concepita come un'esigenza di libertà, come affrancamento da quegli ostacoli di ordine economico che ancora impediscono all'uomo, come già un tempo gli ostacoli di ordine politico, di partecipare liberamente alla vita della comunità e di affermarvisi come persona. Se l'intervento dello stato nella vita economica e la « socializzazione » di certe attività che nel sistema liberista erano rilasciate alla iniziativa privata, può apparire a prima vista come vòlta a limitare la libertà del singolo e quindi come fondamentalmente antiliberale, si vede, a guardar meglio, che la limitazione imposta per ragioni sociali a certi diritti, concepiti un tempo come proiezione nel campo economico della libertà individuale, mira in realtà ad assicurare, coll'abolizione dei privilegi dei pochi, la libertà al maggior numero. « Il socialismo... è un liberalismo in azione, è la libertà che si elabora per gli umili... In nome della libertà, per assicurare una libertà effettiva a tutti gli uomini e non soltanto a una minoranza privilegiata, i socialisti reclamano la fine dei privilegi borghesi. In nome della libertà chiedono una più giusta distribuzione delle ricchezze e l'assicurazione per tutti d'una vita degna di questo nome. In nome della libertà parlano della sostituzione del principio egoista nella direzione della vita sociale con il principio collettivo. Tra una libertà media estesa all'universo e una libertà smisurata assicurata a qualcuno, a scapito della maggioranza, *è ancora preferibile una libertà media* » (1). Questo è il significato di certe formule programmatiche — *socialismo liberale, giustizia e libertà, liberalsocialismo* — in cui si è cercato di esprimere in sintesi non tanto una specie di instabile equilibrio tra due aspirazioni eterogenee e contrapposte, libertà individuale e giustizia sociale, quanto il superamento di questa contrapposizione e il riconoscimento che *la giustizia sociale è condizione della*

(1) Rosselli, *Socialismo liberale*, pagg. 90-91.

libertà individuale, e che, alla fine, giustizia sociale e libertà individuale fanno, *sotto l'aspetto politico,* una cosa sola.

Di questo riconoscimento già si trova una prima felice formulazione giuridica nella costituzione di Weimar, nella quale si afferma (art. 151) che « la vita economica deve essere organizzata conformemente ai principî della giustizia, *e allo scopo di garantire a tutti una esistenza degna dell'uomo* »: di questa formula si trovano echi in altre costituzioni successive, e perfino in quel *projet d'une déclaration des droits,* preparato in Francia in questi ultimi anni dal movimento della resistenza clandestina, in cui la formula è stata così allargata: « *Tout homme qui ne se refuse pas à la loi du travail, doit jouir du minimum des ressources nécessaires pour le faire vivre, lui et sa famille, d'une vie digne d'un homme* ». Esigenze d'ordine spirituale, dunque: un minimo di benessere economico è condizione per garantire nella società la dignità dell'uomo inteso come persona morale e quindi come soggetto politico *attivo.*

Ma se, da queste premesse d'ordine politico, passiamo a esaminare sotto l'aspetto tecnico-giuridico la natura di questi diritti sociali, bisogna riconoscere che, per concepirli come diritti *di libertà,* occorre fare un certo cammino: e che la loro struttura presenta caratteri assai diversi da quelli che già abbiamo riscontrati nei tradizionali diritti di libertà politica. E' da avvertire innanzi tutto che nelle costituzioni uscite dalla prima guerra mondiale non sempre a questa esigenza sociale, che spinge lo stato a intervenire nel campo economico, corrisponde l'esplicita affermazione di veri e propri diritti individuali a tale intervento: e si adoprano preferibilmente formule meno impegnative, nelle quali, piuttosto che di diritti soggettivi del singolo, si parla di poteri o di doveri generici dello stato, che possono avere una rilevanza politica nei confronti della collettività, ma sui quali non possono fondarsi pretese individuali giuridicamente tutelate. Nella costituzione di Weimar la seconda parte, che è intitolata ai « diritti e doveri fondamentali » dei cittadini, è distinta in cinque sezioni: e le disposizioni attinenti all'intervento dello stato per garantire a tutti i cittadini un minimo di giustizia sociale non si trovano nella sezione prima, in cui, sotto il titolo « l'individuo » sono elencate le sole libertà politiche tradizionali, ma in altre sezioni rispettivamente intitolate « la vita sociale », « l'istruzione », « la vita economica », nelle quali, più che di diritti individuali, si tratta di funzioni pubbliche.

La sola costituzione nella quale i diritti sociali siano messi in un unico catalogo e sullo stesso piano colle libertà politiche, è quella sovietica del 1936, la quale, nel cap. X, sotto il titolo « Diritti e doveri dei cittadini », enumera insieme: il diritto al lavoro (art. 118), il diritto al riposo (art. 119), il diritto all'assistenza nella vecchiaia e nella

malattia (art. 120), il diritto all'istruzione (art. 121); il diritto all'uguaglianza giuridica (art. 122, 123), la libertà di coscienza e di culto (art. 124), la libertà di parola, la libertà di stampa, la libertà di associazione e di riunione, la libertà dei cortei pubblici (art. 125-126), l'inviolabilità della persona (art. 127), l'inviolabilità del domicilio (art. 128), il diritto di asilo ai perseguitati politici (art. 129). I primi quattro sarebbero i « diritti sociali » (art. 118-121); gli altri corrispondono, almeno nella intitolazione, alle tradizionali libertà politiche (art. 122-129).

In maniera ancor più esplicita i « diritti sociali » sono ormai affermati come esigenze di libertà nelle più illuminate correnti del liberalsocialismo inglese e americano. Si legge nel più recente programma dei laburisti inglesi: « Il partito laburista vuole la libertà: libertà di religione, libertà di parola, libertà di stampa, libertà sindacale... Ma vi sono, d'altra parte, alcune cosiddette libertà che il partito laburista non tollererà: esse consistono nella libertà di sfruttare il prossimo, nella libertà di pagare bassi salari e di far aumentare i prezzi per interessi egoistici, nella libertà di privare i cittadini dei mezzi necessari per una vita piena, felice, sana... » (1). Ma queste limitazioni alla libertà incontrollata di sfruttamento, finora consentita ai pochi, sono a loro volta garanzia di libertà dei molti: « parve altra volta che il maggior pericolo venisse alla libertà dal potere arbitrario dei governi. Oggi, sebbene occorra guardarsi ancora dalla minaccia del potere arbitrario dei governi, sappiamo tutti che il problema non si esaurisce qui... La libertà è più della libertà dall'arbitrario potere dei governi. E' libertà dalla soggezione economica, dall'indigenza, dalla miseria e dalle iatture sociali; è libertà da ogni forma di potere arbitrario. Un uomo che ha fame non è libero, perchè, fino a quando non si sfami, non può volgere ad altri i suoi pensieri... E non è uomo libero chi non osi resistere all'ingiustizia che gli fanno subire il padrone e il capofabbrica, per timore di condannarsi a perpetua disoccupazione ». Queste sono parole di un liberale, il Beveridge (2): il quale, accanto alle tradizionali libertà politiche, enumera le *sei libertà sociali* che devono riscattare l'uomo dai mali non necessari della società attuale (miseria e indigenza, malattie e ignoranza, disoccupazione e guerra). E non diversa è la ispirazione della famosa formula delle *quattro libertà* di Roosevelt: *freedom of speech, freedom of religion, freedom from want, freedom from fear*; nella quale l'inter-

(1) Cfr. *Il programma industriale dei laburisti*, in « Nuova Europa », 19 agosto 1945.

(2) Cfr. TREVES, *Beveridge maggiore e minore*, in « Nuova Europa », 12 agosto 1945.

vento dello stato per assicurare ad ogni cittadino un certo benessere economico, è concepito come una garanzia di libertà individuale. Accanto alle tradizionali libertà politiche, riassunte nei primi due punti della formula (libertà di parola e libertà di religione), la libertà dal bisogno, *freedom from want,* è considerata anch'essa come condizione indispensabile per salvaguardare la dignità morale della persona e per permettere la sua partecipazione attiva alla vita politica della comunità democratica.

Ma anche dalla forma grammaticale della locuzione si vede, rilevata dalla diversità della particella che segue la parola *freedom,* la diversa natura di questi quattro diritti: nei primi due punti la particella è *of,* negli ultimi due è *from.* Anche in italiano c'è la stessa differenza: libertà *di* parola, libertà *di* religione; libertà *dal* bisogno, libertà *dal* timore. La diversità di significato che passa tra *di* e *da* rivela che nella formula i diritti di libertà sono sostanzialmente distinti in due gruppi: le quattro libertà, quantunque poste apparentemente sullo stesso piano, hanno a due a due una diversa funzione, a cui corrisponde una diversa struttura giuridica.

Questa diversità, espressa in termini giuridici, si può riassumere in questo: che, mentre i tradizionali diritti di libertà hanno, come si è visto, carattere *negativo,* in quanto ad essi corrisponde l'obbligo dello stato di *non ostacolare* l'esercizio di certe attività individuali, i diritti sociali hanno carattere *positivo,* in quanto ad essi corrisponde l'obbligo dello stato di *rimuovere gli ostacoli* di ordine economico e sociale, che si frappongono alla libera espansione morale e politica della persona umana. Coi primi si mira a salvaguardare la libertà del cittadino dalla oppressione politica; coi secondi si mira a salvaguardarla dalla oppressione economica. Il fine è lo stesso, cioè la difesa della libertà individuale, ma i mezzi sono diversi: perchè, mentre per soddisfare i diritti politici del cittadino lo stato non deve far altro che astenersi dall'agire e lasciare che il cittadino agisca, per soddisfare i diritti sociali lo stato deve adoprarsi attivamente per distruggere il privilegio economico e per aiutare il bisognoso a liberarsi dal bisogno. Il compito dello stato a difesa della libertà non si racchiude più nella comoda inerzia del *laissez faire,* ma implica una presa di posizione nel campo economico ed una serie di prestazioni attive nella lotta contro la miseria e contro l'ignoranza.

Libertà di pensiero o di parola vuol dire diritto del cittadino a che lo stato non lo perseguiti per le sue opinioni e non lo ostacoli nella pubblica manifestazione di esse; libertà dal bisogno vuol dire diritto del cittadino a che lo stato concorra a fornirgli i mezzi per lavorare e per assicurargli una vita non bestiale ma umana. Per questo, sotto l'aspetto della tecnica giuridica, i diritti « sociali » non po-

trebbero a rigor di termini essere inclusi nella stessa casella sistematica in cui la dottrina classifica le libertà politiche; perchè, mentre queste sono diritti alla indipendenza dalle indebite inframmettenze dell'autorità, quelli sono diritti del singolo ad una prestazione positiva dell'autorità, e rientrano quindi, secondo le classificazioni dei giuspubblicisti, in un'altra casella che è quella dei cosiddetti « diritti *civici* ». E tuttavia, se nella struttura giuridica di queste due categorie di diritti vi è, *a parte debitoris* cioè dello stato, la differenza che passa tra la prestazione negativa nel primo caso e la prestazione positiva nel secondo, anche i diritti appartenenti alla seconda categoria si possono esattamente, *a parte creditoris*, cioè del cittadino, qualificare diritti di libertà: sia perchè essi, al pari dei primi, servono a liberare il singolo dagli ostacoli che tenderebbero a impedirgli di partecipare, in condizioni di effettiva uguaglianza iniziale, alla vita politica della comunità; sia perchè, senza l'accompagnamento di questi diritti sociali, le tradizionali libertà politiche possono diventare in realtà strumento di oppressione di una minoranza a danno della maggioranza: sicchè si può dire in conclusione *che i diritti sociali costituiscono la premessa indispensabile per assicurare a tutti i cittadini il godimento effettivo delle libertà politiche.*

IX - *Struttura giuridica dei diritti sociali.*

Ma se, guardando al fine, anche i diritti « sociali » possono ragionevolmente considerarsi come una categoria dei diritti di libertà, è certo che, guardando ai mezzi, la loro inclusione nelle costituzioni ha un significato e un effetto pratico molto diverso da quello riferibile alle libertà politiche intese nel senso tradizionale.

I diritti di libertà nel senso tradizionale costituiscono, per il solo fatto di trovarsi iscritti nella costituzione, un impegno immediato dello stato di astenersi dal compiere atti che possono turbare, in modo non consentito dalle leggi, quelle libertà: sono diritti già perfetti ed attuabili, che lo stato, purchè voglia, può immediatamente rispettare e soddisfare senza fatica e senza spese, dato che per rispettarli e soddisfarli le autorità pubbliche non devono far altro che mantenere una posizione di non intervento e di inerzia, che non costa nulla. Ma lo stesso non si può dire per i diritti sociali: i quali, poichè ad essi corrisponde da parte dello stato un obbligo positivo di fare o di dare, pongono allo stato, per la loro soddisfazione, una serie di esigenze pratiche che non possono essere soddisfatte se non disponendo di mezzi adeguati, conseguibili soltanto a prezzo di profonde trasformazioni dei rapporti sociali basati sull'economia liberale. Quando si pone nelle costituzioni, tra i diritti sociali, il diritto al lavoro o il diritto all'istru-

zione gratuita fino alle università per i meritevoli non abbienti, è chiaro che in questo modo si pongono per lo stato formidabili compiti che non possono essere adempiuti coll'inerzia e coll'astensione. E il vero problema politico, allora, non è quello di riuscire ad inserire nella costituzione la enunciazione di questi diritti, ma è quello di predisporre i mezzi pratici per soddisfarli e per evitare che essi rimangano come vuota formula teorica scritta sulla carta, ma non traducibile nella realtà.

Questa è la ragione per la quale i diritti sociali che si leggono in molte delle costituzioni apparentemente democratiche uscite dalla prima guerra mondiale sono rimasti nella realtà allo stato di vaghi indirizzi programmatici e di promesse affidate all'incerto avvenire. Il diritto al lavoro, il diritto all'assistenza contro la vecchiaia e contro la malattia, il diritto all'istruzione gratuita sono stati affermati come lontane mète ideali non ancora raggiunte; tutt'al più, in qualche costituzione, l'enunciazione dell'ideale è stata accompagnata dalla promessa di emanare al più presto « leggi speciali » per tradurre quell'ideale in realtà. Ma poi le « leggi speciali » non sono venute, o, se sono venute, sono state solo limitatamente efficaci: la miseria se pure attenuata è rimasta, la disoccupazione se pur fronteggiata è rimasta, il privilegio dell'istruzione è rimasto (1). Viene in mente il celebre *discorso sulle costituzioni* tenuto dal Lassalle nel 1862 (2) per dimostrare che le costituzioni scritte non possono modificare la realtà sociale e cambiare per sola virtù di solenni dichiarazioni di diritti la tirannia effettiva delle forze sociali predominanti; il che può non essere esatto quando si tratta delle libertà politiche tradizionali, ma è certamente esatto quando si tratta dei nuovi diritti « sociali ».

Le libertà politiche, colle quali si garantisce ad ogni cittadino il diritto di esplicare certe attività e di partecipare col voto e colla propaganda alla vita della comunità, entrano senz'altro, per il solo fatto di esser riconosciute nella costituzione, a far parte dell'ordinamento politico dello stato, e la loro proclamazione, fondando l'autorità sulla sovranità popolare, concorre con efficacia pratica a determinare la forma del governo. Se al posto di un governo tirannico che non riconosceva i diritti di libertà sottentra una costituzione che li proclama

---

(1) Cfr. MIRKINE-GUETZEVITCH, *op. cit.*, pag. 38: « ...il valore del tentativo non è in alcun modo diminuito per il fatto che in certi stati questi diritti sociali siano rimasti sulla carta. Prima di tutto, il testo della costituzione ha un valore educativo per la popolazione: e inoltre gli articoli che proclamano i diritti sociali definiscono una tendenza e segnano i principî di un nuovo processo di garanzia dei diritti sociali che devono realizzarsi nell'avvenire ».

(2) LASSALLE, *Delle costituzioni*, trad. Rovini (Roma, 1902) pag. 22.

e li garantisce, questo cambiamento è senz'altro, sul piano politico, una rivoluzione; perchè d'ora in avanti, in forza di questa proclamazione, saranno giuridicamente aperti ed accessibili, come non erano sotto la tirannia, i meccanismi costituzionali attraverso i quali la volontà individuale potrà concorrere alla formazione della volontà collettiva e quindi all'esercizio del potere.

Ma altro è per i diritti « sociali »: la cui proclamazione nella carta costituzionale rimarrà lettera morta, se ad essi non corrisponderà una trasformazione effettiva della struttura economica della società, ossia una rivoluzione sociale che fornisca allo stato i mezzi per soddisfarli. Quando si è affermato nella costituzione che tutti i cittadini hanno diritto al voto, non c'è altro da fare: il diritto al voto entra senz'altro nel meccanismo costituzionale ed è senz'altro una realtà politica; ma se nella costituzione si scrive che tutti i cittadini hanno diritto al pane, questa non è ancora una realtà politica, fino a che non si è modificata la struttura economica che finora ha consentito ai privilegiati la libertà di accumulare ricchezze e ai diseredati la libertà di morire di fame.

Per questo l'apparizione dei diritti sociali nelle costituzioni è, più che il punto d'arrivo di una rivoluzione già compiuta, il punto di partenza di una rivoluzione (o di una evoluzione) che si mette in cammino. Di tutte le costituzioni finora apparse nel mondo non ve n'è che una, quella sovietica del 1936, in cui i diritti sociali sono affermati non come preannunzio di trasformazioni sociali ancora in divenire, ma come traduzione in formule giuridiche di una rivoluzione sociale già compiuta. In quella costituzione, in cui, come già si disse, diritti politici e diritti sociali sono elencati senza distinzione nello stesso cap. X, vi è anche una tecnica legislativa diversa da quella usata dalle altre costituzioni, perchè in ogni articolo, alla proclamazione del diritto, segue, nel capoverso, la precisa enunciazione delle garanzie che assicurano di fatto, nell'organizzazione sovietica, la attuazione pratica di quel diritto. Qui i diritti dei cittadini, anche quelli sociali, sono enunciati non come programma di una trasformazione da compiere, ma come espressione giuridica di un'economia già assestata e consolidata, prima che nella costituzione, nella realtà sociale.

Ma questo non vuol dire che nelle altre costituzioni, nelle quali la enunciazione dei diritti sociali ha avuto finora o avrà nell'avvenire un valore programmatico e si potrebbe dire pedagogico, questa enunciazione sia priva di ogni valore politico. Essa segna una tendenza ed un impegno; e quando fosse in funzione un controllo sulla costituzionalità delle leggi, un siffatto impegno scritto nella costituzione non potrebbe non servire da orientamento pratico per la legislazione futura. I mezzi per far sì che questo impegno sia mantenuto e che questa

enunciazione di diritti si trasformi gradualmente, da promessa vòlta all'avvenire, in acquisizione presente, non possono essere uguali per tutti i popoli: ciascuno deve calcolare, per arrivare a quella meta, le proprie risorse, le proprie tradizioni, la propria cultura. Quella stessa meta a cui la Russia è giunta sopprimendo l'economia capitalistica e tentando d'un colpo la sua socializzazione integrale, altri paesi d'altra civiltà potranno raggiungerla pacificamente e gradualmente attraverso metodi diversi più confacenti alle loro condizioni storiche. L'Inghilterra laburista, attraverso un audace piano di assicurazioni sociali di cui l'iniziativa è partita da un liberale ormai celebre, il Beveridge, si avvia decisamente, senza bisogno di bruschi capovolgimenti sociali e senza sopprimere neanche nel periodo di trapasso le libertà individuali, a tradurre in realtà quei diritti sociali che nella costituzione russa sono stati conquistati attraverso una sanguinosa crisi rivoluzionaria. L'esperimento russo, che ha cominciato col distruggere inesorabilmente dalle fondamenta quello che c'era prima, per poi ricostruir sulle macerie la nuova società ove a tutti i lavoratori è garantita una esistenza degna dell'uomo, non potrebbe essere ripetuto oggi, in quest'Europa devastata dal cataclisma della seconda guerra mondiale, senza dar l'ultimo crollo alla civiltà occidentale. In questa universale desolazione non sono più consentite, sull'orlo dell'imminente rimbarbarimento, altre distruzioni, altre dispersioni di vite e di beni, altre guerre civili. I metodi dovranno dunque esser diversi: ma la mèta — la conquista dei diritti sociali per tutti i lavoratori — non può non esser la stessa!

X - *Democrazia politica e democrazia sociale.*

Così, attraverso la proclamazione dei diritti sociali accanto a quelli politici, la democrazia, da soltanto *politica* che era, si avvia a diventare anche *economica*: cioè più vera e più piena democrazia. Quando da più partiti, e non soltanto dai socialisti, si sente auspicare l'avvento di una nuova « democrazia sociale », con questa espressione, in sè generica e vaga, si vuol dire concretamente questo: un ordinamento costituzionale in cui la partecipazione attiva di tutti i cittadini alla vita politica della comunità sia garantita non soltanto dalle tradizionali libertà politiche, in forza delle quali è ugualmente data ad ogni cittadino la possibilità giuridica di partecipare all'esercizio della sovranità, ma altresì dai nuovi diritti sociali, in forza dei quali è data ugualmente ad ogni cittadino la possibilità economica di valersi in maniera effettiva delle libertà politiche. Oppure si potrebbe adottare anche un'altra formula: democrazia sociale è quella in cui fra i diritti

politici figura anche l'assicurazione ad ogni cittadino di quel minimo di benessere economico senza il quale le libertà politiche, anche se riconosciute giuridicamente, non potrebbero essere di fatto esercitate dai non abbienti in condizioni di uguaglianza cogli abbienti. Se un ordinamento costituzionale tanto più legittimamente si chiama democratico, quanto più estesa è la cerchia dei cittadini che possono effettivamente partecipare alla vita politica, e quanto più larga è, di conseguenza, la base sociale entro la quale può avvenire la scelta e la rinnovazione del ceto dirigente, — è certo che solo una democrazia sociale può dirsi veramente democrazia, perchè *soltanto in essa i diritti di libertà sono effettivamente goduti da tutti i cittadini,* senza che la diversità di condizione economica si traduca in disuguaglianza politica e riduca i diritti di libertà ad essere, di fatto, un privilegio dei ricchi.

Democrazia sociale è dunque quella in cui i diritti politici e i diritti sociali sono messi sullo stesso piano: in cui, si potrebbe anche dire, *un certo grado di benessere economico è riconosciuto come un diritto politico del singolo verso la comunità.* Ma nello stesso modo che vera e piena democrazia non si può avere se non là dove i tradizionali diritti di libertà politica si accompagnino ai nuovi diritti sociali, così democrazia non si avrebbe là dove, per appagare l'esigenza economica, venissero ad essere limitate o soppresse le libertà politiche: dove, cioè, per assicurare la giustizia sociale venisse sacrificata la libertà individuale e distrutta quella uguale possibilità di partecipare alla vita politica, che nella vera democrazia dev'essere giuridicamente garantita ad ogni cittadino *indipendentemente dalla sua condizione economica.* I diritti sociali, in altre parole, se devono servire di base alla democrazia, non devono servire a consolidare la prevalenza politica di una classe economica sopra un'altra, ma devono servire ad evitare che le disparità economiche tra le classi impediscano agli appartenenti ad una di esse di partecipare alla vita politica con altrettanta pienezza. In questa concezione della democrazia la giustizia sociale è posta, già si avvertì, come condizione di libertà individuale, premessa perchè la persona possa meglio far valere nella vita sociale le sue qualità intellettuali e morali, affermar le sue opinioni e cercar di diffonderle e di farle adottar dalla maggioranza, senza rimaner asservita e soffocata dal bisogno « tiranno signore — de' miseri mortali ». La giustizia sociale, insomma, è posta per ottenere che le disparità economiche non impediscano ai non abbienti di concorrere colla loro volontà individuale alla formazione della maggioranza politica, e per garantire anche a loro di entrar nella lotta politica in condizione di uguaglianza cogli altri cittadini, e di potersi adoperare, senza che la loro miseria lo impedisca, a diventar maggioran-

za; ma non deve servire a sopprimere in altre minoranze l'uguale diritto. Altrimenti, là dove l'esigenza di giustizia sociale portasse a questa soppressione, questa non sarebbe più una democrazia nel senso in cui noi la intendiamo.

Giustamente è stato rilevato, in un recente scritto del Salvemini sul concetto di democrazia, che la libertà politica è « il diritto di non esser d'accordo con gli uomini che controllano il governo. Da questo diritto nascono tutti i diritti del cittadino in un regime libero. *Le libertà non servono tanto a stabilire il potere della maggioranza, quanto a proteggere le minoranze nel loro diritto d'opposizione. La prova migliore del valore di una libera costituzione è la misura in cui provvede alla protezione delle minoranze* ». Tutte le libertà politiche tradizionali hanno una funzione nella democrazia in quanto concorrano a questo scopo: mettere l'individuo nella società in condizioni che gli permettano non solo di pensar come meglio crede, ma di esprimere e diffondere le sue opinioni e di adoprarsi legalmente a far sì che esse riescano a fare proseliti e a diventar l'opinione della maggioranza; e a trasformarsi così, da programmi di partito, in leggi dello stato. La libertà di stampa ha un significato politico e diventa veramente una delle garanzie della democrazia, solo in quanto sia *libertà delle minoranze di svolgere attraverso la stampa la loro opposizione alla maggioranza che esercita temporaneamente il potere*; la libertà di associazione ha un significato politico solo in quanto significhi libertà delle minoranze di organizzarsi *in partiti politici di opposizione*, ai quali deve essere aperta la possibilità di criticar il governo tenuto dalla maggioranza che è temporaneamente al potere, e di diventare a loro volta, attraverso la propaganda legalmente esercitata, la nuova maggioranza destinata a prendere la successione del governo.

Questo va detto chiaramente per evitare equivoci sul significato della parola « democrazia »: ed è necessario dirlo chiaramente sopra tutto di fronte all'uso diverso che si fa di questa parola per qualificare con essa anche una costituzione, com'è quella sovietica del 1936, in cui, se sono chiaramente affermati e garantiti, meglio che in qualunque altra costituzione vigente nel mondo, i diritti « sociali » dei cittadini, non altrettanto si può dire che siano rispettati i diritti politici, che nel meccanismo democratico di cui si è discorso finora, sono essenzialmente preordinati ad assicurare il diritto di opposizione delle minoranze.

Che questo diritto di opposizione non sia garantito dalla costituzione sovietica, è apertamente dichiarato dagli articoli che in quella costituzione regolano le libertà politiche dei cittadini. La libertà di parola, la libertà di stampa, la libertà di associazione (art. 125) sono dichiaratamente riconosciute « in armonia cogli interessi dei lavorato-

ri e allo scopo di rinforzare l'organizzazione socialista »: non allo scopo di sostenere un credo politico contrario. Il diritto di « riunirsi in organizzazioni pubbliche » è ugualmente concesso solo in quella limitata direzione: sono permesse le « associazioni professionali, organizzazioni cooperative, organizzazioni giovanili, organizzazioni sportive e di esercitazioni difensive, società culturali, tecniche e scientifiche »; *non le associazioni politiche, cioè i partiti.* Qui l'equilibrio tra i diritti politici e i diritti sociali, che è l'ideale di quel reggimento democratico in cui la giustizia sociale è posta come condizione di libertà, è rotto a favore dei diritti sociali, al contrario di quello che avveniva negli ordinamenti cosiddetti « borghesi », in cui i diritti sociali erano sacrificati a quelli politici. Anche una costituzione come quella sovietica si può denominare democratica, nel senso che essa è preordinata ad assicurare i diritti sociali a tutti i lavoratori, cioè alla maggioranza dei cittadini; ma è democratica in un senso diverso da quello finora chiarito, perchè non riconosce la pluralità dei partiti e i diritti politici della minoranza, alla quale non è data la libertà di costituirsi in partito d'opposizione e di diventar maggioranza a sua volta: *è una democrazia soltanto sociale, ma non è una democrazia politica.* Possiamo così comprendere quale sia, tradotto in termini costituzionali, il significato giuridico della cosiddetta « dittatura del proletariato », cioè di una *dittatura di maggioranza*; espressione che, a prima vista, può sembrare contraddittoria e perfino priva di senso, perchè, nella concezione democratica, il governo della maggioranza non è dittatura, ma è *legalità.* In realtà l'espressione non è priva di senso: perchè significa un governo di maggioranza in cui sono negati alla minoranza quei diritti politici che, nelle democrazie basate sull'uguaglianza giuridica di tutti i cittadini, aprono alle minoranze organizzate in partiti di opposizione la strada per adoprarsi legalmente a diventar maggioranza e ad assumere legalmente il potere.

Ma questo è forse, di tutto il meccanismo costituzionale democratico, il *punctum pruriens*: il punto in cui si tratta di trovar l'equilibrio tra l'esigenza di difender la democrazia e l'esigenza di garantire i diritti dell'opposizione. E' questo un problema arduo, che meriterebbe più del fuggevole accenno che qui mi è permesso. Tante volte, in questi ultimi decennî, si è sentito parlare di « libertà suicida », e si è sentito lamentare che l'ordinamento democratico, fondato sulla libertà di opposizione, si presti a permettere l'ascesa al potere di partiti totalitari che negano la libertà, e che dei meccanismi liberali posson servirsi per diventar maggioranza e per sopprimere, appena giunti al potere, la libertà di opposizione delle minoranze, e quindi la essenza stessa della democrazia. Si tratta di vedere se contro questo pericolo, della libertà al servizio di chi vuole impadronirsi del potere per di-

struggerla, si possa introdurre nelle costituzioni un rimedio giuridico: il quale non potrebbe consistere che nel mettere preventivamente fuori legge quelle correnti politiche che mirino alla instaurazione di un regime totalitario senza partiti e senza opposizioni, e nel riconoscere il diritto di opposizione soltanto a quei partiti che riconoscano come fondamentale in ogni democrazia la libertà politica delle minoranze e che si impegnino, quando siano saliti al governo, a rispettarla negli altri. Ma questa limitazione preventiva della libertà dei partiti, questo controllo preliminare sui loro programmi al fine di ammettere alla lizza politica solamente quelli che garantissero di voler rispettare le regole del giuoco dialettico della democrazia, hanno in sè pericoli altrettanto gravi quanto quelli che vorrebbero prevenire: attraverso queste limitazioni e questi controlli, necessariamente posti, caso per caso, alla mercè della maggioranza al potere, questa potrebbe esser portata a eliminar dalla lotta tutti i partiti ad essa contrari, e ad instaurare in pratica, proprio per questa via, quella dittatura della maggioranza che con queste limitazioni si vorrebbe scongiurare in teoria. Non v'ha dubbio che anche in una costituzione democratica dovrebbero essere considerate non partiti politici, ma associazioni a delinquere, quelle fazioni armate, come fu fino dai suoi inizi il fascismo, che mirassero ad impadronirsi del potere non per le vie della legalità, ma attraverso i colpi di mano, e che nella loro propaganda esaltassero e praticassero come mezzo di lotta politica le contumelie, le violenze e l'illegalismo: proprio per questo il fascismo e il nazismo devono essere messi al bando da qualunque ordinamento costituzionale che voglia assicurare la libertà. Ma il problema è molto più delicato di fronte a quei partiti o a quelle confessioni che, pur essendo sinceri osservanti del metodo legalitario e democratico fino a che si tratta di lottare per diventar maggioranza e per salire così, pacificamente, al governo, abbiano però nelle loro dottrine politiche o religiose il proposito di instaurare, quando siano al governo, un regime totalitario che sopprima la voce delle minoranze, e abolisca in esse il diritto di opposizione e la libertà di pensiero. Questi partiti, democratici nei metodi, ma autoritari nei fini; questi partiti che rispettano sinceramente il metodo della democrazia al solo scopo di conquistare il potere di cui poi si serviranno per sopprimerla, — potrebbero, ove pur questo fosse storicamente attuabile, essere esclusi *a priori* dalla lotta legale per la conquista della maggioranza, senza con ciò violare i fondamenti stessi del sistema democratico? Si esita a dare una risposta a questa domanda. I più coerenti liberali rispondono negativamente: « Nulla può dunque fare lo stato democratico per impedire che gruppi o partiti liberticidi minino le sue stesse fondamenta? Nulla che violi la li-

bertà degli uomini di darsi, se credono, un governo tirannico » (1): *malo periculosam libertatem*. Ma questa generosa risposta non lascia senza gravi dubbi: se un partito scendesse in lizza per sostenere un programma di governo i cui postulati fossero il ristabilimento della schiavitù o addirittura l'esercizio legalizzato dell'antropofagia, si potrebbe, solo perchè esso è disposto, nel far propaganda di queste sue idee, a servirsi lealmente del metodo liberale, consentirgli di diventar maggioranza per tradurle in leggi? Si risponderà che qui non si tratterebbe di propaganda politica, ma di apologia di reato, e che le leggi penali comuni basterebbero qui a prevenire la pubblica diffusione di queste idee. Ma è sommamente arduo porre *a priori* queste distinzioni tra la propaganda lecita e quella delittuosa, le quali si son sempre volenterosamente prestate a perseguitare all'inizio come « sovversivi » quei movimenti politici, che più tardi, ammessi alla libera lizza dei partiti, hanno finito col trionfarvi senza danno della libertà. Forse, più che cercare una formula astratta che stabilisca in anticipo una specie di controllo costituzionale preventivo sui *fini* dei programmi dei partiti, bisognerà limitarsi, per ammetterli nella libera lotta politica, a richiedere che essi rispettino, nel condurre la lotta per la conquista del potere, *i mezzi* propri del metodo democratico: e per il resto lasciar la risposta alla storia.

XI - *Garanzie dei diritti di libertà.*

Non possiamo terminare questo troppo lungo discorso sui diritti di libertà senza ricordare l'avvertimento del Ruffini: « Quello che più importa, in fatto di diritti di libertà, non è tanto la loro solenne proclamazione teorica, al modo dei famosi testi francesi, quanto la concreta determinazione dei mezzi pratici più adatti ad assicurarne l'osservanza ».

Questo è il punto che, anche nella prossima costituente italiana, richiederà la maggiore attenzione. Si è già osservato che l'inclusione dei diritti di libertà nella costituzione, in conseguenza della quale essi assumono il carattere di *diritti costituzionali*, importa un impegno dello stato a non servirsi del potere legislativo per sopprimerli o per restringerli. Difesa dei diritti di libertà significa sopra tutto difesa *contro il potere legislativo* (2): ma perchè questa difesa sia effettiva,

---

(1) Cfr. EINAUDI, *Maior et sanior pars*, nella rivista « Idea » del gennaio 1945, pag. 12.

(2) Nella costituzione francese del 3 settembre 1791, tit. I, era espressamente detto che « *le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercise des droits naturels... garantis par la constitution* ».

occorrerà che le norme concernenti i diritti di libertà, al pari di tutte le altre norme costituzionali, siano sottratte alla disposizione degli organi legislativi ordinari, e siano salvaguardate da un sistema « rigido », nel quale l'esercizio del potere costituente, solo competente a modificarle, sia affidato a speciali organi e condizionato a speciali maggioranze. Eppure neanche questo potrebbe esser sufficiente a difenderli da ogni attentato: e si potrebbe pensare che di tutte le norme costituzionali, la cui modificazione fosse riservata alla competenza di speciali organi costituenti, i diritti di libertà, come quelli che rappresentano la base intangibile d'ogni democrazia, siano considerati come diritti *supercostituzionali*, e come tali debbano esser *rispettati dallo stesso potere costituente e salvaguardati anche contro gli attentati provenienti da esso.*

Questo voleva significare la formula della dichiarazione del 1789, quando proclamava i diritti di libertà « *droits naturels et imprescriptibles de l'homme* »: diritti naturali, cioè preesistenti alla costituzione, indipendenti dalle modificazioni di essa, intangibili dallo stesso potere costituente. La stessa aspirazione riaffiora oggi in certe formule giusnaturalistiche che, per affermare la intangibilità dei diritti di libertà, ne trovano la sorgente, e quindi la garanzia, *fuori dello Stato*: « les états sous-signataires reconnaissent l'autorité sur les individus et sur les sociétés d'un certain nombre de droits attachés à l'existence de la communauté humaine. *Ces droits ne dérivent ni de l'individu, ni de l'état.* Il n'existe pas d'individu isolé. *L'état est le gardien, il n'est pas le créateur du droit* ».

Ma cosiffatte proclamazioni, anche se possono avere una loro efficacia pedagogica e per così dire « oratoria », non pare che abbiano, in sè, una portata giuridica positiva: la quale solo potrebbe aversi quando, nello stesso momento in cui si negasse allo stato il potere di menomare, in sede di legislazione ordinaria ed anche in sede di costituente, i diritti di libertà, la difesa di essi fosse affidata praticamente a un organo *superstatuale*, che avesse il potere ed i mezzi per salvaguardarli *contro gli attentati dello stato.*

Questa può parere utopia. Ma, proprio mentre scrivo, affiorano nei dibattiti politici segni precursori che potrebbero annunciare la possibilità di tradurre domani questa utopia in realtà. La voce, corsa anche sui giornali, che come premessa della pace coll'Italia gli alleati pensino di imporle una specie di dichiarazione delle libertà democratiche internazionalmente garantita, se giustamente suscita in questa forma le proteste del popolo italiano che vedrebbe in questa imposizione unilaterale una menomazione della propria indipendenza, contiene forse il germe di un'idea che potrebbe fruttificare nell'avvenire: l'idea che, attraverso un accordo internazionale di tutti gli stati, la

garanzia *scambievole* dei diritti di libertà sia sottratta al potere dei singoli stati e sia affidata al controllo internazionale di una federazione superiore agli stati.

Se attraverso tragedie sempre più spaventose l'umanità è tratta fatalmente a cercar la sua salvezza nella creazione di più vaste unioni politiche in cui sia anche giuridicamente organizzata, invece che la indipendenza, la « interdipendenza » dei popoli, non è assurdo pensare che, come verrà salvaguardata la « libertà dal timore » col sottrarre ai singoli stati il potere di disporre degli eserciti e delle armi, così sia affidata ad organi supernazionali la difesa delle altre libertà: e si riconosca così che il rispetto della persona umana, di cui i diritti di libertà sono la espressione giuridica, non è un'esigenza d'ordine individuale, e neanche una questione di politica interna che ogni stato possa risolvere per conto suo; ma è condizione indivisibile per il mantenimento della pace tra i popoli, e quindi per la salvezza della intera società umana. Anche la libertà è come l'equilibrio atomico: basta che sia infranta in una persona, cioè in un atomo della società, perchè da questa frattura infinitesima si sprigioni e si diffonda una forza distruttiva capace di sovvertire il mondo.

(*ottobre* 1945).

G

Costituente italiana e federalismo europeo

Nel corso di una serie di conversazioni sui problemi della costituente tenute in questa primavera al « circolo Fratelli Rosselli » di Firenze, uno dei relatori, il dott. Chiti Batelli, al termine di un suo discorso introduttivo sul tema *Costituente e federazione europea,* pose agli ascoltatori, e più specialmente ai giuristi, questa domanda: se e come nella prossima costituente il popolo italiano potrebbe praticamente esprimere e tradurre in precise formule della nuova costituzione la sua aspirazione a far parte di una federazione europea e la sua volontà di cooperare attivamente alla formazione di essa. Io non ebbi la fortuna di assistere a quella discussione: ma forse non è troppo tardi per cercar di dare qualche risposta a quella domanda.

Mi pare intanto che si debba passar oltre la obiezione preliminare del solito scemo pessimista, ancora attaccato come un'ostrica allo scoglio derelitto del suo « realismo » politico, il quale osserva che la costituente è fatta per risolvere i problemi interni, che non saranno pochi, e non per occuparsi dei problemi internazionali che eccedono la sua competenza; e che d'altro lato, posto che per fare una federazione bisogna essere almeno in due, il popolo italiano non deve esporsi, proclamando al deserto i suoi sogni federativi, a far la parte dell'innamorato solo.

A questa obiezione si risponde senza troppa fatica che le grandi istituzioni di sicurezza internazionale che sono in via di formazione nel mondo, avranno il carattere di organismi « aperti », e tali da non escludere, anzi di favorire l'annodarsi di più strette collaborazioni federali tra gruppi di stati, che siano disposti ad accedere e ad inserirsi nel piano della intesa mondiale; e che, se si vuole arrivare a tradurre in realtà questa, che oggi freme nell'aria, appassionata speranza nel superamento dei nazionalismi verso più vasti aggregati supernazionali, bisognerà pure che qualche popolo cominci a tentar di porre in termini pratici, cioè in termini *giuridici,* questo grande ideale, ed a costringerlo (sia pur soltanto nei limiti di un programma minimo) nello schema chiarificatore della formulazione legale.

In nessuna sede potrebbe trovar posto questo generoso tentativo meglio che in sede di costituente, dove le aspirazioni federalistiche del popolo italiano potranno essere praticamente affermate in due modi: uno indiretto e uno diretto.

In via indiretta, *il federalismo sul piano internazionale, si serve col servire sul piano interno la democrazia.* La dottrina democratica non è fatta per arrestarsi e per concludersi alle frontiere nazionali. E' verità ormai troppe volte tragicamente scontata, che totalitarismo e dittatura all'interno significano inesorabilmente nazionalismo e guerra all'esterno: sicchè, viceversa, se il popolo italiano riuscirà a darsi all'interno una costituzione veramente democratica, con questo avrà fatto da parte sua, implicitamente ma necessariamente, un passo verso la società internazionale delle democrazie.

Alla base della concezione democratica, che è una fede morale prima che un programma politico, vi è infatti un'idea di *solidale autonomia* che vale ugualmente nei rapporti tra i cittadini di uno stesso stato, tra le regioni di una stessa patria, tra le nazioni di una stessa comunità internazionale: l'idea che la libertà di uno dipende scambievolmente dalla libertà degli altri, e che la autonomia propria non può essere assicurata che dal rispetto, che è limitazione reciproca, delle autonomie altrui. Il principio centrale della democrazia più che nella libertà sta nella solidarietà: *nella « interdipendenza » piuttosto che nella indipendenza.* Per questo, se il popolo italiano riuscirà a darsi nella costituente un ordinamento interno veramente democratico, avrà in ciò creato anche un organismo *internazionalmente socievole,* cioè disposto e idoneo, per naturale sviluppo dei principî da cui è animato, a rifuggire dal nazionalismo ed a sentire quella solidarietà tra i popoli che spinge a cercare intese e vincoli in una comunità internazionale più vasta della nazione.

Ma la costituente potrà servire il federalismo anche in maniera diretta ed esplicita. E' ovvio che non potrà il popolo italiano inserire nella sua costituzione norme che valgano *da sè sole* a creare un vincolo federale con altri popoli: come non può il singolo fare un contratto colla sua sola proposta unilaterale. Ma come gli architetti nel costruir l'ala di un edificio che dovrà esser compiuto nell'avvenire, lasciano nella parete destinata a servire d'appoggio certe pietre sporgenti che essi chiamano « ammorzature », così è concepibile che nella costituzione italiana siano inserite, in direzione della federazione non ancora nata, cosiffatte ammorzature giuridiche, che potranno domani servire di raccordo e di collegamento con una più vasta costruzione internazionale: offerte unilaterali che mostreranno fin d'ora la nostra buona volontà, e che funzionando oggi da invito e da esempio,

potranno domani, quando il nostro richiamo sarà inteso, trasformarsi in intese e via via in aggregati sempre più solidi e più spaziosi.

Questo potrà avvenire in più forme: già alcune si presentano in mente.

E' pensabile innanzi tutto che nel preambolo della costituzione o in quella parte generale in cui c'è sempre qualche disposizione che proclama la sovranità e l'indipendenza dello stato, si possa inserire una formula con cui il popolo italiano si dichiari pronto a rinunziare nell'avvenire a una parte della sua sovranità, ove questo sia necessario per dar vita a una federazione supernazionale entro la quale le varie sovranità dei popoli componenti si trovino limitate e collegate. Bisogna mettersi fin d'ora in testa questa idea molto elementare: che alla federazione non si arriverà se non attraverso una rinuncia degli stati federati alla pienezza della loro sovranità; alla interdipendenza non si arriverà se non cedendo e mettendo in comune una parte delle singole indipendenze. Una formula con cui il popolo italiano si dichiarasse pronto a tale rinuncia negli stessi limiti in cui vi fossero disposti altri popoli allo stesso fine, non potrebbe rimanere senza eco.

In secondo luogo se, com'è sperabile, l'Italia avrà una costituzione « rigida », nella quale il potere di modificare l'ordinamento dello stato sia riservato a un supremo organo costituente distinto dagli organi legislativi ordinari, si potrà espressamente riconoscere a questa suprema corte costituzionale il potere di tradurre in atto una parziale rinuncia alla sovranità interna, quando questo possa servire alla formazione di una sovranità internazionale superiore agli stati; e specificare anche gli oggetti su cui tale rinuncia, preordinata alla internazionalizzazione, potrebbe esser consentita: esercito, moneta, passaporti, dogane.

Ma forse si potrebbe fare un passo più in là, e proprio in quella parte più essenziale di ogni costituzione che è la dichiarazione dei diritti individuali di libertà, delle cosiddette libertà « costituzionali » dei cittadini, senza le quali non può esservi democrazia. E' facile, queste libertà, enumerarle in teoria; ma non è altrettanto facile garantirle in pratica, come la dura esperienza ci ha insegnato. Per la difesa di esse, potrà essere un passo la « rigidezza » della costituzione, che tolga agli organi legislativi ordinari il potere di modificarle o di sopprimerle; ma la difesa sarebbe assai più efficace se fosse portata su un piano internazionale e affidata ad organi superiori agli stati. Se la nuova costituzione italiana esplicitamente dichiarasse di esser pronta a trasferire alla sovranità superstatuale il potere di salvaguardare il rispetto di questi diritti contro ogni attentato proveniente dalla sovranità interna dei singoli stati, questa elevazione della libertà individuale dal piano interno al piano internazionale sarebbe il più so-

lenne riconoscimento di quella « interdipendenza delle libertà » che è condizione essenziale della riuscita del federalismo.

Utopie di idealisti ingenui? Ohimè, tutti noi ben sappiamo dove ci ha condotti il realismo degli uomini scaltri. Per parte mia, sarei contento e fiero se la prima costituzione in cui si trovassero tradotte in leggi siffatte ingenuità, fosse quella della patria di Giuseppe Mazzini!

(*settembre* 1945).

IV

POTERE GIUDIZIARIO E SUPREMA CORTE COSTITUZIONALE (*)

RELAZIONE ALLA COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE (II^a SOTTOCOMMISSIONE) SUL POTERE GIUDIZIARIO E SULLA SUPREMA CORTE COSTITUZIONALE

(relatore l'on. avv. Prof. PIERO CALAMANDREI)

AVVERTENZE PRELIMINARI

1. — Gli articoli che seguono non costituiscono proposte; ma soltanto pongono una *base di discussione*, cioè una enunciazione di problemi concreti, la cui portata pratica si scorge più chiaramente quando si cerchi, come qui si è tentato, di racchiuderne la soluzione in formule di legge. Per questo molte di queste disposizioni sono accompagnate in parentesi da un interrogativo, per far intendere che la soluzione proposta ha carattere dubitativo e ipotetico, ed ha solamente lo scopo di far rilevare l'esistenza del problema. Il relatore si riserva di esporre oralmente alla Sottocommissione i dubbi che egli ha su alcune delle soluzioni qui formulate.

2. — Probabilmente molte delle disposizioni qui formulate troveranno la loro miglior collocazione in altre parti della Costituzione: come ad esempio gli articoli 9, 10, 11 i quali, invece che sotto il titolo del

---

(*) [Pubblicato in « Assemblea Costituente. Atti della Commissione per la Costituzione », seconda Sottocommissione, vol. II: Relazioni e proposte (Roma, Tip. della Camera dei Deputati, 1946), pp. 200-205; anche in *Per l'ordine giudiziario. Osservazioni e proposte* di Luigi AMMATUNA, Piero CALAMANDREI, Aurelio CANDIAN, F. CARNELUTTI e altri, Milano, Giuffrè, 1946 (« Quaderni di "Temi" » n. 2), pp. 97-105]. [*Bibliografia*, nn. 359 e 401].

potere giudiziario, potranno esser collocati più opportunamente sotto il titolo dei diritti di libertà.

3. — La formulazione di molte di queste disposizioni è troppo minuziosa e diffusa per corrispondere allo stile conciso e generico che è meglio appropriato ad una carta costituzionale. Nella formulazione definitiva gli articoli dovranno quindi essere semplificati e sveltiti, e molte disposizioni dovranno essere trasferite nella *Legge sull'ordinamento giudiziario* o nella *Legge sulla Suprema Corte costituzionale,* indispensabile complemento della Costituzione.

4. — E' sembrato indispensabile riassorbire nella Costituzione i principî fondamentali della legge 20 marzo 1865 che abolì il contenzioso amministrativo e delle leggi successive che hanno dato vita alla giustizia amministrativa. Questi principî hanno indubbiamente carattere costituzionale, e la Costituzione li deve far propri (anche, eventualmente, modificandoli), e non lasciare che rimangano in vigore al di fuori di essa leggi che sono state tappe di una evoluzione costituzionale oggi conclusa e superata.

5. — Nella formulazione schematica della competenza della Suprema Corte costituzionale sono richiamate per amor di simmetria materie che non rientrano fra i temi di studio affidati alla seconda Sottocommissione; e che dovranno necessariamente dar luogo a discussioni di fronte alle altre Sottocommissioni (per esempio il tema della tutela individuale dei diritti di libertà, quello del controllo costituzionale sui partiti o del controllo sulla stampa, ecc.).

I.

Del Potere Giudiziario

Art. 1. - *Statualità della giurisdizione; intestazione delle sentenze.* — Il potere giudiziario appartiene esclusivamente allo Stato, che lo esercita a mezzo di giudici indipendenti, istituiti e ordinati secondo le norme della presente Costituzione e della legge sull'ordinamento giudiziario. Le sentenze e gli altri provvedimenti dei giudici sono resi in nome della Repubblica.

Art. 2. - *Indipendenza funzionale dei giudici.* — I giudici nell'esercizio delle loro funzioni dipendono soltanto dalla legge, che essi interpretano ed applicano al caso concreto secondo la loro coscienza, in quanto la riscontrino conforme alla Costituzione.

La stessa indipendenza hanno i magistrati del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale e delle altre funzioni ad essi demandate dalla legge.

ART. 3. - *Interpretazione generale.* — La interpretazione delle leggi con efficacia generale ed astratta è di competenza esclusiva del potere legislativo.

La dichiarazione di incostituzionalità delle leggi con efficacia genenale ed astratta è di competenza esclusiva della Suprema Corte costituzionale.

ART. 4. - *Immutabilità del giudicato.* — Il giudicato, contro il quale non siano più esperimentabili i rimedi giudiziari ammessi dalla legge, è immutabile; e non può essere modificato nè sospeso nei suoi effetti, neanche dal potere legislativo.

E' fatta eccezione per il giudicato penale, contro il quale il potere legislativo potrà accordare amnistie e indulti (?) di portata generale; al Presidente della Repubblica è riservato il potere di conceder grazie individuali, previo parere conforme del... (?).

ART. 5. - *Garanzia del giudice precostituito.* — Nessuno può esser sottratto alla competenza del giudice che già si trova precostituito per legge al momento in cui avviene il fatto da giudicare: non potranno perciò neanche per legge essere istituiti tribunali straordinari per giudicare su fatti già avvenuti.

ART. 6. - *Pubblicità delle udienze; principio del contradditorio.* — Le udienze giudiziarie sono pubbliche e i dibattimenti si svolgono oralmente in quanto la legge non disponga altrimenti nell'interesse della giustizia e dell'ordine pubblico.

Nessuna causa può esser giudicata se non dopo che sia stata data alle parti, secondo la legge, la possibilità di essere udite a propria difesa.

ART. 7. - *Motivazione delle sentenze.* — Le sentenze e gli altri provvedimenti dei giudici devono essere motivati.

ART. 8. - *Pubblicità e legalità dell'azione penale.* — L'azione penale è pubblica, e il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitarla in conformità della legge senza poterne sospendere o ritardare l'esercizio per ragioni di convenienza.

ART. 9. - *Irretroattività della legge penale; abolizione della pena di morte.* — Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge vigente al tempo in cui è stato commesso, nè con pene che non siano da essa stabilite; nessuno

può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato.

La pena di morte è abolita; e non potrà essere ristabilita neanche per legge, all'infuori dei casi in cui sia dichiarato lo stato di pericolo pubblico e lo stato di guerra, secondo le disposizioni della presente Costituzione.

ART. 10. - *Risarcimento alle vittime degli errori giudiziari.* — Lo Stato risarcirà i cittadini dei danni da essi risentiti per errori giudiziari, nei limiti e colle modalità stabilite dalla legge.

ART. 11. - *Gratuità della giustizia.* — La giustizia è gratuita per i cittadini indigenti, nei limiti e nelle modalità stabiliti dalla legge.

La produzione in giudizio di documenti e scritture a scopo probatorio non può essere assoggettata a restrizioni motivate da ragioni di carattere tributario.

ART. 12. - *Unicità della giurisdizione.* — L'esercizio del potere giudiziario in materia civile, penale e amministrativa appartiene esclusivamente ai giudici ordinari, cioè ai giudici singoli (conciliatori e pretori), ai tribunali ed alle corti, istituiti e regolati dalla legge sull'ordinamento giudiziario.

Al vertice dell'ordinamento giudiziario, unica per tutto lo Stato, siede in... la Corte di cassazione istituita per mantere la unità del diritto nazionale attraverso la uniformità della interpretazione giurisprudenziale e per regolare le competenze fra i giudici.

ART. 13. - *Divieto di istituire organi speciali di giurisdizione; abolizione di quelli esistenti.* — Non potranno essere creati neanche per legge organi speciali di giurisdizione. Qualora per determinate materie (esclusa in ogni caso quella penale) si ritenga opportuno che i giudici siano forniti di speciali cognizioni tecniche, saranno istituite presso gli organi giudiziari ordinari apposite sezioni specializzate, colla partecipazione di magistrati forniti di una preparazione approfondita nelle materie stesse, ovvero colla partecipazione di cittadini esperti temporaneamente investiti di funzioni giudiziarie.

Gli organi speciali di giurisdizione attualmente esistenti saranno aboliti o trasformati in sezioni specializzate nel termine di... In seguito all'abolizione delle funzioni giurisdizionali delle Giunte provinciali amministrative e delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, saranno istituite presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate nelle quali sarà concentrata la competenza a decidere tutte le controversie tra i cittadini e la pubblica amministrazione, a norma dell'articolo seguente.

(*Eccezioni al divieto? Corte dei conti? Contenzioso tributario? Tribunali militari?*).

ART. 14. - *Soggezione della pubblica amministrazione alla giurisdizione ordinaria.* — Il cittadino potrà ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria non soltanto per chiedere la reintegrazione del proprio diritto soggettivo, violato da un atto della pubblica amministrazione, ma anche per chiedere l'annullamento o la modificazione, per i motivi di legittimità o di merito stabiliti dalla legge, dell'atto amministrativo lesivo del suo interesse.

L'autorità giudiziaria potrà, secondo i casi, annullare, revocare o modificare l'atto amministrativo impugnato, a meno che la pubblica amministrazione non dimostri in giudizio l'esistenza di una ragione di carattere politico, che faccia apparire al giudice preferibile alla reintegrazione specifica del diritto la condanna della stessa amministrazione al risarcimento dei danni.

ART. 15. - *Divieto di limitazioni della tutela giurisdizionale.* — La tutela giurisdizionale accordata in via generale dalla legge per tutti gli atti della pubblica amministrazione, non può neanche per legge essere soppressa o limitata per determinate categorie di atti.

Nelle controversie di diritto tributario è abolita la limitazione per la quale gli atti di opposizione del contribuente non sono ammissibili in giudizio se non preceduti dal pagamento del tributo (*solve et repete*).

Nessuna preventiva autorizzazione è necessaria per agire in via civile o in via penale contro i pubblici funzionari per responsabilità assunte nell'esercizio delle loro funzioni.

ART. 16. - *Autogoverno della magistratura.* — La magistratura, della quale fanno parte i magistrati ed i loro ausiliari di tutte le categorie specificate dalla legge sull'ordinamento giudiziario, costituisce un ordine autonomo che provvede da sè, e senza alcuna ingerenza del potere esecutivo, al proprio governo.

L'autogoverno della magistratura comprende: il potere di prendere tutti i provvedimenti amministrativi sullo stato giuridico degli appartenenti alla magistratura; la giurisdizione disciplinare sui medesimi; il potere di deliberare le spese, nei limiti dell'assegnazione iscritta annualmente nel bilancio dello Stato per il funzionamento del potere giudiziario.

ART. 17. - *Organi amministrativi della magistratura.* — L'amministrazione dell'ordine giudiziario è esercitata dal Consiglio Superiore della Magistratura, che ha sede in..., e da Consigli giudiziari regionali, con sede nel capoluogo di ogni regione. La composizione di questi Consigli e i modi di scelta dei chiamati a farne parte per ragione del

loro ufficio o per elezione fatta dai magistrati, sono determinati dalla legge sull'ordinamento giudiziario.

Il Consiglio Superiore della Magistratura è coadiuvato nell'esercizio delle sue funzioni da apposito personale amministrativo compreso in un ruolo speciale, del quale non possono esser chiamati a far parte nè i magistrati nè gli altri funzionari appartenenti all'ordine giudiziario.

ART. 18. - *Disciplina della magistratura.* — Il Consiglio Superiore della Magistratura, coadiuvato dai Consigli giudiziari regionali, vigila sulla disciplina dei magistrati e ne assicura la indipendenza.

Per l'esercizio della giurisdizione disciplinare sui medesimi è istituita, nei modi e colla competenza determinati dalla legge sull'ordinamento giudiziario, una Corte disciplinare regionale, presso ogni Consiglio giudiziario regionale ed una Suprema Corte disciplinare presso il Consiglio Superiore della Magistratura.

L'azione disciplinare contro i magistrati è esercitata presso ogni Corte disciplinare regionale dal procuratore generale della Corte d'appello della stessa regione, e presso la Suprema Corte disciplinare dal procuratore generale Commissario della giustizia.

ART. 19. - *Funzioni del procuratore generale Commissario della giustizia.* — Il procuratore generale Commissario della giustizia è nominato dal Presidente della Repubblica tra i magistrati aventi il grado di procuratore generale di Corte d'appello o di Corte di cassazione, scegliendo in una terna proposta dalla Camera dei Deputati all'inizio di ogni legislatura.

Esso è il capo degli uffici del pubblico ministero, dei quali vigila e coordina l'azione; fa parte di diritto del Consiglio Superiore della Magistratura; esercita l'azione disciplinare presso la Suprema Corte disciplinare.

E' l'organo di collegamento tra il potere giudiziario e gli altri poteri dello Stato; e come tale prende parte al Consiglio dei Ministri con voto consultivo e risponde di fronte alle Camere del buon andamento della Magistratura. Rimane in carica per tutta la legislatura anche in caso di cambiamento del Gabinetto; ma deve dimettersi qualora una delle Camere gli dia uno speciale voto di sfiducia.

ART. 20. - *Nomina dei magistrati.* — La nomina dei magistrati è fatta con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Consiglio Superiore della Magistratura, in base a concorso seguito da un periodo di tirocinio. I requisiti per essere ammessi al concorso sono determinati dalla legge sull'ordinamento giudiziario: possono esservi ammesse anche le donne.

Qualora per certi uffici della magistratura sia necessaria una preparazione approfondita su determinate materie, possono essere banditi concorsi per l'ammissione a questi uffici tra candidati forniti di speciali titoli scientifici o professionali, o provenienti da altri uffici pubblici.

L'apertura dei concorsi, la nomina delle Commissioni giudicatrici, la proclamazione dei vincitori e tutti i provvedimenti relativi all'ammissione di essi al tirocinio ed alle ulteriori prove che essi devono superare secondo la legge per essere nominati giudici, sono del pari di competenza del Consiglio Superiore della Magistratura.

Lo stesso Consiglio Superiore potrà, in considerazione di meriti insigni, proporre in via eccezionale la nomina senza concorso al grado di consiglieri di cassazione di avvocati esercenti da almeno venti anni o di professori ordinari di materie giuridiche nelle Università.

I magistrati sono nominati a vita, salvi i limiti di età stabiliti dalla legge.

Nei casi stabiliti dalla legge, privati cittadini potranno esser chiamati ad assumere temporaneamente attività giudiziarie, per integrare, come assessori esperti, la funzione dei magistrati.

Il Consiglio Superiore della Magistratura potrà, colle modalità fissate dalla legge sull'ordinamento giudiziario, disporre la nomina di magistrati onorari per tutte quelle funzioni giudiziarie che la legge attribuisce alla competenza dei giudici singoli.

ART. 21. - *Giudici popolari.* — Ai giudizi penali di competenza delle Corti d'assise partecipano giudici popolari, secondo le modalità fissate dalla legge.

ART. 22. - *Promozioni e retribuzioni dei magistrati.* — Alla promozione dei magistrati da un grado all'altro provvedono i Consigli giudiziari regionali o il Consiglio Superiore della Magistratura, in base all'anzianità o in base a concorso. Le nomine a consigliere di cassazione e ad altri uffici stabiliti dalla legge, possono avvenire per cooptazione.

L'Ufficio di presidente dei Tribunali e delle Corti e gli altri Uffici direttivi della Magistratura sono elettivi e temporanei.

Ai trasferimenti si procede mediante concorso tra i magistrati aspiranti alla sede vacante.

La retribuzione dei magistrati non dipende dal grado: gli aumenti periodici di essa sono stabiliti in ragione dell'anzianità, non dell'ufficio. Agli uffici direttivi può essere attribuita, per deliberazione del Consiglio Superiore della Magistratura, una indennità di carica.

Le retribuzioni da corrispondere ai giudici popolari delle Corti d'assise o agli esperti delle sezioni specializzate sono fissate dal Consi-

glio Superiore della Magistratura e poste a carico del bilancio della giustizia.

ART. 23. - *Inamovibilità.* — I magistrati di qualunque grado, sia giudicanti che del pubblico ministero, sono inamovibili dal giorno della loro nomina. Essi non possono essere dispensati o sospesi dal servizio, retrocessi, trasferiti ad altra sede, od anche semplicemente destinati ad altre funzioni se non col loro consenso, ovvero per deliberazione del Consiglio Superiore della Magistratura o della competente Corte disciplinare per i motivi e colle garanzie di difesa stabilite dalla legge.

ART. 24. - *Divieto di iscrizione ai partiti politici.* — I magistrati non possono essere iscritti ad alcun partito politico (?).

(*Richiamo delle incompatibilità elettorali?*).

ART. 25. - *Polizia giudiziaria.* — La polizia giudiziaria, che ha per compito la prevenzione, l'accertamento e la repressione dei reati, è posta alla dipendenza esclusiva e diretta dell'autorità giudiziaria.

ART. 26. - *Natura costituzionale delle leggi giudiziarie.* — Le leggi che regolano l'ordinamento degli uffici giudiziari e lo stato giuridico dei magistrati e degli altri addetti all'ordine giudiziario non possono esser modificate che nelle forme e colle garanzie stabilite per modificare la presente Costituzione.

II.

DELLA SUPREMA CORTE COSTITUZIONALE

ART. 27. - *Controllo costituzionale sulle leggi.* — Il controllo sulla costituzionalità delle leggi in via incidentale e con efficacia limitata al caso deciso spetta ai giudici ordinari e in ultima istanza alla prima sezione della Suprema Corte costituzionale; in via principale e con efficacia generale ed astratta spetta soltanto alla Suprema Corte costituzionale a sezioni unite.

ART. 28. - *Controllo in via incidentale.* — Qualora in un giudizio ordinario sia sollevata dalle parti o dal pubblico ministero (che può appositamente intervenire a tale scopo) o anche d'ufficio, la questione della incostituzionalità della legge da applicare al caso controverso, il giudice di qualunque grado, se la ritiene rilevante per la causa da decidere, la risolve in via incidentale con efficacia limitata al caso deciso.

Può anche sospendere il giudizio, fissando alla parte che ha sollevato la questione un termine per farla decidere dalla prima sezione della Suprema Corte costituzionale.

ART. 29. - *Decisione in via incidentale della Suprema Corte costituzionale.* — Nel caso di sospensione previsto dal precedente articolo, o anche in via di impugnazione contro le sentenze di primo o di secondo grado che abbiano deciso incidentalmente una questione di incostituzionalità, le parti o il pubblico ministero possono ricorrere alla prima sezione della Suprema Corte costituzionale. che pronuncia con efficacia limitata alla causa decisa, annullando se del caso la sentenza impugnata e rimandando al giudice ordinario la prosecuzione del giudizio.

ART. 30. - *Comunicazione della decisione.* — La decisione della Suprema Corte costituzionale, se dichiara l'incostituzionalità, è comunicata d'ufficio al Presidente della Repubblica, al Presidente del Consiglio dei Ministri ed ai Presidenti delle due Camere, affinchè sia considerata l'opportunità di prender l'iniziativa per l'abrogazione o la modificazione legislativa della legge dichiarata incostituzionale.

ART. 31. - *Controllo in via principale; legittimazione.* — La legge che non sia in vigore da più di tre anni può essere impugnata in via principale per incostituzionalità dinanzi alle sezioni unite della Suprema Corte costituzionale.

Sono legittimati a proporre tale impugnazione:

a) il procuratore generale Commissario della giustizia, su richiesta di almeno cinquanta componenti di una delle due Camere legislative, o in seguito a decisione di incostituzionalità pronunciata in via incidentale dalla prima sezione della stessa Corte;

b) ogni elettore, nei limiti e colle cautele che saranno stabilite dalla legge.

Nel procedimento, che dovrà svolgersi entro i termini previsti dalla legge, saranno rappresentati il Governo e le Camere legislative.

ART. 32. - *Decisioni della Suprema Corte costituzionale a Sezioni Unite.* — La decisione della Suprema Corte costituzionale a Sezioni Unite che accoglie l'impugnazione ha efficacia meramente dichiarativa della incostituzionalità della legge, ma non può abrogarne nè sospenderne l'efficacia. La decisione è comunicata d'ufficio al Presidente della Repubblica, al Presidente del Consiglio dei Ministri ed ai Presidenti delle Camere, ed è pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica.

ART. 33 - *Abrogazione legislativa della legge dichiarata incostituzionale.* — Il Governo, appena informato della dichiarazione di incostituzionalità, prende l'iniziativa di proporre alle Assemblee legislative con procedura d'urgenza una legge abrogativa o modificativa della legge dichiarata incostituzionale; la stessa iniziativa può essere presa direttamente dalle Assemblee.

Qualora tale proposta non sia approvata, le stesse Assemblee legislative dichiarano sospesa la efficacia della legge dichiarata incostituzionale, la quale da quel momento ha lo stesso valore di una proposta di modificazione della Costituzione, da sottoporsi in via d'urgenza al procedimento stabilito per l'approvazione di tali proposte.

Qualora la proposta sia respinta, la legge incostituzionale si ha senz'altro per abrogata.

ART. 34. - *Composizione della Suprema Corte costituzionale.* — La Suprema Corte Costituzionale ha sede in..., ed è composta di ventiquattro giudici, di tre presidenti di sezione e di un primo presidente; è divisa in tre sezioni, a ciascuna delle quali sono assegnati otto giudici, ed un presidente di sezione.

Le sezioni siedono costituite in collegio di sette componenti, compreso il presidente della sezione, le sezioni unite siedono costituite in collegio di diciannove componenti, compreso il primo presidente e i tre presidenti di sezione.

L'ufficio di pubblico ministero presso la Suprema Corte costituzionale è tenuto dal procuratore generale Commissario della giustizia, coadiuvato da un numero sufficiente di sostituti.

I giudici della Suprema Corte costituzionale sono scelti per metà tra i magistrati di grado non inferiore a quello di consigliere di cassazione, eletti dalla stessa magistratura; per metà tra i professori ordinari di materie giuridiche nelle università e tra gli avvocati esercenti da più di venti anni, eletti, su elenchi proposti dalle università o dai consigli dell'ordine, dalla Camera dei Deputati. Il primo presidente ed i presidenti di sezione sono scelti dal Presidente della Repubblica in una delle suddette categorie.

La nomina dei giudici e dei presidenti è fatta con decreto del Presidente della Repubblica: essi durano in carica cinque anni e alla scadenza sono rieleggibili.

(*Stato giuridico dei componenti la Suprema Corte?*).

ART. 35. - *Competenza delle sezioni.* — La competenza delle sezioni della Suprema Corte costituzionale è così distribuita:

sezione prima: ricorsi per incostituzionalità delle leggi in via incidentale; tutela individuale dei diritti di libertà;

sezione seconda: conflitti di competenza legislativa tra lo Stato e le regioni; conflitti di attribuzioni tra i diversi poteri;

sezione terza: controllo sui partiti e sulla stampa (?).

Alle *Sezioni Unite* è riservata la competenza sulle impugnazioni in via principale per incostituzionalità delle leggi; e sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica e dei Ministri.

ART. 36. - *Legge sulla Suprema Corte costituzionale.* — L'ordinamento della Suprema Corte costituzionale e il procedimento da seguire dinanzi ad essa sono regolati da un'apposita legge, modificabile soltanto nelle forme e colle garanzie stabilite per modificare la presente Costituzione.

V

STATO FEDERALE E CONFEDERAZIONE DI STATI (*)

Ho l'onore di parlarvi per primo, per conformarmi al detto evangelico che gli ultimi saranno i primi; non solo infatti, senza possibilità di dubbio, io vengo per autorità buon ultimo tra gli oratori che qui stanno per parlarvi, ma anche l'argomento su cui brevemente vi intratterrò, che è quello degli aspetti giuridici del federalismo, dovrebbe logicamente esser trattato per ultimo, perchè le forme giuridiche sono sempre la conseguenza e non le premesse della realtà politica che le precede. Tuttavia, poichè il discutere in precedenza le formule giuridiche, attraverso le quali un certo movimento politico potrà domani tradursi in realtà, significa considerare il problema sul terreno della attuazione pratica e, con questo, uscire dal vago per conquistare qualche idea chiara e precisa, può essere utile, prima di ascoltare chi ci parlerà della sostanza economica e sociale del federalismo, fissare qualche concetto elementare e indispensabile sugli aspetti formali dell'argomento: una specie di piccolo dizionario introduttivo, quasi un *vademecum* giuridico, si potrebbe dire, dell'allievo federalista.

* * *

Quando si parla di Stati Uniti d'Europa, nel senso in cui l'intendiamo noi federalisti, bisogna riferirsi a quel tipo di ordinamento costituzionale che i giuristi, nei loro manuali, chiamano *Stato federale;* tipo ben distinto, nonostante il suono molto simile delle parole, da quell'altro ordinamento che gli stessi giuristi chiamano *Confederazione*

(*) [Discorso pronunciato a Roma il giorno 27 ottobre 1947, al teatro Eliseo, per la « Manifestazione federalista ». Raccolto nel volume *Europa federata* (Edizioni di Comunità, Milano, 1947) contenente i discorsi pronunciati in quella occasione da Ferruccio Parri, Piero Calamandrei, Ignazio Silone, Luigi Einaudi, Gaetano Salvemini; con introduzione di Ernesto Rossi]. [*Bibliografia*, nn. 403 e 433].

di Stati (ma che poi nella storia si può ugualmente chiamare in tanti altri modi: Unione, Lega, Società di Stati, Società delle Nazioni, Organizzazione delle Nazioni Unite, e così via).

Non si tratta di distinzioni meramente scolastiche e terminologiche. La differenza essenziale che passa tra queste due figure di ordinamenti è nel diverso grado di coesione e di fusione tra gli Stati componenti. Nella Confederazione, o Lega, o Società di Stati, la coesione è molto minore, tanto da lasciar sussistere ancora una pluralità di Stati, tutti indipendenti e sovrani, associati come liberi contraenti per un fine comune; invece nello Stato federale la fusione è giunta ad uno stadio molto più avanzato, sicchè gli Stati componenti hanno perduto ognuno una parte della loro sovranità per cederla a uno Stato centrale sopraordinato, che si è creato al disopra di loro: non sono ancora scomparsi in esso, come nello Stato unitario, gli Stati componenti, ma già vi si trovano inseriti in una solida unità, come le pietruzze multicolori di un mosaico, tenute ormai insieme da uno stabile cemento. Storicamente si può dire che le Confederazioni o unioni di Stati sovrani precedono lo Stato federale di cui sono spesso il primo passo: la Confederazione e perpetua unione, che nel 1776 fecero tra loro le tredici colonie inglesi dell'America del Nord dopo la liberazione, diventò dopo dieci anni, con la costituzione del 1787, quello Stato federale che sono ancor oggi gli Stati Uniti d'America; la Svizzera, che per il patto federale del 1815 era tornata ad essere, dopo il periodo napoleonico, una Federazione di Stati sovrani, diventò, con la costituzione del 1848 (nonostante che conservi tradizionalmente il nome di Confederazione), un vero e proprio Stato federale, quale è oggi.

Un giurista tedesco, Jellineck, definì la Confederazione come una « stabile unione di stati indipendenti, basata su un accordo, allo scopo principale di proteggere il territorio confederato verso l'estero e di conservare la pace interna fra gli Stati collegati »: in questa definizione l'accento va messo sulla parola *indipendenti* (« stabile unione di stati *indipendenti* »). Carattere essenziale della Confederazione è infatti quello di rispettare in maniera assoluta la sovranità e la indipendenza degli Stati confederati. C'è un accordo fra uguali; non, al disopra di loro, un soggetto a cui essi siano sottoposti.

Orbene, il carattere tipico per il quale lo Stato federale si distingue dalla Confederazione di Stati è proprio questo: che *nello Stato federale gli Stati componenti e federati non sono più del tutto indipendenti, non sono più del tutto sovrani.* Questa è un'idea che ogni federalista deve avere molto netta, per assumerne ponderatamente la responsabilità, perchè può parere in conflitto con profondi e rispettabili e cari sentimenti: chi è favorevole al federalismo deve per forza

rinunziare alla piena indipendenza e alla piena sovranità della sua Patria. *Non si può essere insieme nazionalisti e federalisti*: il federalista ama la sua piccola patria, come l'amava Giuseppe Mazzini, in quanto componente di una patria più grande, che domani potrebbe essere l'Europa; che dopodomani potrebbe essere il Mondo.

* * *

Ma allora, dirà qualcuno, il federalismo è larvatamente o dichiaratamente, umiliazione e asservimento della patria: di questa mia piccola patria alla quale dopo tanti lutti mi sento profondamente attaccato, più di sempre; se questa deve cessare di essere indipendente e sovrana, cioè unica fonte di autorità originaria dentro i propri confini, vuol dire che il federalismo è dottrina che vuole risospingere i popoli verso la dominazione straniera; e per l'Italia è rinnegamento del principio di nazionalità e di quelle guerre di indipendenza cominciate proprio in quel 1848 di cui si sta per celebrare il centenario.

Ora è proprio qui che bisogna avere idee chiare. Le limitazioni di sovranità e di indipendenza sono umilianti e avvilenti e fatte in pura perdita quando sono *unilaterali,* cioè imposte da una potenza dominante che limita e subordina senza reciprocità uno stato vassallo. Di queste limitazioni imposte ed unilaterali l'Italia sente oggi l'offesa: nel trattato di pace ve n'è più d'una, e forse qualcuna è nascosta anche in qualche articolo della Costituzione.

Ma c'è invece una limitazione di sovranità e di indipendenza che non è umiliante perchè è *reciproca;* che non è fatta in perdita perchè quella porzione di sovranità che si perde sul piano nazionale ha come compenso e corrispettivo la partecipazione ad una sovranità più vasta e più alta, cioè a quella sovranità che si esercita su un piano supernazionale. Questo è appunto il tipico premio che lo Stato federale dà agli Stati componenti: ciascun Stato componente rinuncia a una parte della sua sovranità (per es. a quella che riguarda l'esercito, la moneta, le dogane, certa parte della legislazione generale, e così via) per trasferirla allo Stato federale, alla cui amministrazione partecipano, in condizioni di uguaglianza, i cittadini di tutti gli Stati componenti.

* * *

Questo è il punto in cui meglio si vede la profonda differenza che passa tra il vero Stato federale e quelle Confederazioni o Unioni o Leghe di Stati sovrani, quale era in sostanza la Società delle Nazioni di infelice memoria od anche, all'incirca, la attuale Organizzazione delle Nazioni Unite. Queste sono sì, unioni di Stati costituite per il

raggiungimento di scopi comuni, dotate di organi comuni e fondate sulla volontà di cooperazione degli Stati componenti: ma in esse ogni Stato conserva gelosamente la sua indipendenza e la sua sovranità ed ha sospetto di ogni iniziativa altrui che miri a limitargliela; in esse ogni Stato, dal più minuscolo al più grande, dalla Repubblica di San Marino alla Confederazione delle Repubbliche Russe, può contare per uno, come nel protocollo diplomatico conta per uno l'Ambasciatore di qualsiasi paese; e le deliberazioni, per aver valore, devono essere prese all'unanimità, in modo che basta il dissenso o il veto di un solo associato (o magari di alcuni di essi, a cui il privilegio sia riservato) per impedire qualsiasi decisione basata sul consenso di tutti gli altri. Questa è l'assurda, ma necessaria, conseguenza del principio di assoluto rispetto alla sovranità e all'indipendenza degli Stati, che porta logicamente a escludere che la volontà di uno di essi, fosse anche il più piccolo, possa essere costretta o limitata da forze esterne.

Anche per le Nazioni Unite si ripete la formula malaugurata che portò al fallimento della Società delle Nazioni: la formula *uguaglianza* e *unanimità*. Ma questo è essenzialmente negazione della democrazia: nella quale, al posto della uguaglianza degli Stati, che sono una creazione astratta, è più logico mettere la uguaglianza degli uomini, che sono creature concrete fatte di carne e d'anima; e al posto della unanimità si deve mettere il principio essenzialmente democratico della maggioranza.

In realtà, in queste leghe di Stati sovrani, ai cittadini dei diversi Stati si viene a dare in maniera assurda un valore differente, perchè, se nella votazione si fa contare per uno lo Stato che ha 100 milioni di abitanti, e ugualmente per uno lo Stato che ne ha 100 mila, evidentemente si dà a ciascun cittadino di questo secondo Stato un peso internazionale mille volte superiore a quello che si dà a ciascun cittadino del primo. Questo può avvenire perchè a cosiffatte leghe di Stati sovrani non partecipano direttamente i popoli, ma solo i governi: in queste leghe ogni Stato è una specie di prigione senza finestre, dentro la quale i popoli si trovano incatenati dalle sbarre della sovranità nazionale e non possono uscir fuori a tender la mano agli altri popoli, creature umane verso creature umane.

Viceversa nello Stato federale, quale noi lo vagheggiamo, la sovranità supernazionale penetra dentro i confini di ogni Stato componente e vi può imporre i suoi comandi ai singoli cittadini; ma i singoli cittadini di ogni Stato componente possono uscir fuori dal chiuso della loro patria nazionale e ritrovarsi concittadini anche del superstato. *Cittadino italiano dentro i confini, ma fuori dei confini cittadino europeo;* questa può apparire oggi una frase puramente sentimentale, ma potrà domani diventare una realtà giuridica: *un cittadino che ha diritti*

e doveri nelle leggi dello Stato europeo, e che nella organizzazione politica di questo Stato conta per uno, e dà il suo voto e concorre a formare quella maggioranza democratica che dovrà governare gli Stati Uniti d'Europa, per attuare i quali occorrerà che ogni Stato componente abbia nel suo ordinamento interno un regime democratico che permetta a tutti i cittadini di contare per uno nella loro patria nazionale per poter poi contare per uno nella più grande patria supernazionale.

Voi comprendete allora come questa limitazione di sovranità si risolva in realtà per i cittadini in un arricchimento e in un accrescimento di diritti. Lo stato nazionale rinuncia a tenere in piedi un esercito per far guerra ai suoi vicini; ma i suoi cittadini sono militari dell'esercito federale che ha il compito non di assassinarci tra europei ma di difender l'Europa. La partecipazione alla sovranità dello Stato supernazionale si traduce in nuovi diritti individuali dei cittadini di tutti gli Stati componenti: tutti parteciperanno ai vantaggi, alle compensazioni, agli scambi di questa comunità più vasta.

* * *

Questa ascensione di diritti individuali dal ristretto ambito nazionale alla più vasta sfera supernazionale, queste apparenti limitazioni della libertà individuale, miranti ad aumentare su un piano collettivo la ricchezza comune, è in fondo la storia della civiltà umana: così dall'individuo isolato, *Homo homini lupus,* è nata la prima consociazione umana, il primo germe dello Stato, fondato sui primi sacrifizi imposti alla ferocia individuale. Questo è il processo che dal Comune ha portato alle più vaste signorie, che dagli Stati italiani ha portato all'Italia unita.

Si tratta di unificare l'Europa: rinunciare a una parte della nostra indipendenza di popolo sovrano, che spesso più che fierezza è albagìa, per trasferirla all'Europa e contribuire così a quella grande ricchezza comune che sarà la pacificazione dell'Europa e del mondo. Il premio sarà certo superiore al sacrificio.

Vedete quello che è accaduto da millenni nel campo individuale, dove è reato farsi giustizia da sè, dove è vietato al creditore di adoperare il bastone per costringere il suo debitore a pagarlo. Ma questo non è un impoverimento della libertà del singolo, è piuttosto un arricchimento non solo di giustizia, ma anche di forza. perchè io, individualmente disarmato, ho a mia disposizione, a difesa del mio diritto, i tribunali e la forza pubblica dello Stato. Se io in piazza di Montecitorio sento all'improvviso cantare gli inni fascisti non ho bisogno di ricorrere alla ginnastica delle mie braccia (come è capitato al nostro

amico La Malfa) per sbarazzarmi dei disturbatori; perchè subito interviene a disperderli, come tutti sanno, la forza pubblica predisposta dal Ministro dell'Interno. E questo è per me un arricchimento, non un impoverimento!

Concludendo: *due idee fondamentali: federalismo vuol dire limitazione di sovranità e di indipendenza dello Stato nazionale a favore del superstato federale; federalismo vuol dire aumento di diritti individuali dei cittadini i quali, godendo di una doppia cittadinanza, parteciperanno in regime democratico non solo alla vita politica dello Stato componente, ma altresì alla formazione della maggioranza che dirigerà il superstato federale.*

* * *

Ma qui sento qualcuno che mi domanda: potresti tu, giurista, dirci come si potrà fare a tradurre in pratica questo ideale, con quali procedure si potrà, ordinatamente e senza scosse, arrivare a questa mèta? Ma a queste domande i giuristi non possono rispondere. Essi, nelle lotte attraverso le quali il mondo faticosamente si rinnova, mettono fuori la testa per ultimi, come vi dicevo da principio, quando è tornata la calma e il pericolo di nuovi sconvolgimenti è passato. Sono come i periti agrimensori, che tornano a ristabilire i confini dopo che è passata l'inondazione sulle campagne; ma essi l'inondazione non possono prevederla, nè sono essi che la scatenano, nè è loro il merito di averla fatta cessare; così i giuristi, che vengono a cose fatte a registrare in precise formule di diritto una realtà sociale ed economica già plasmata dalle forze politiche.

Non crediate dunque che io giurista possa indicarvi qual'è l'articolo del codice che permette di fondare in via legale, con un ricorso in carta bollata al Presidente del Tribunale, gli Stati Uniti d'Europa. Gli Stati Uniti d'Europa possono crearli i popoli con la loro tenacia, con le lotte politiche, con le loro sofferenze, con le loro rivoluzioni e forse, ma speriamo di no, con le loro battaglie; non i giuristi, nè le loro biblioteche e forse neanche i diplomatici intorno ai loro tavolini: gli Stati Uniti d'Europa devono essere una realtà politica e spirituale, una coscienza religiosa ed una fede operosa, prima di poter diventare una forma giuridica.

E tuttavia io vi dico questo: che le vie giuridiche per arrivare al federalismo possono essere diverse e molteplici: tutte le strade che un tempo conducevano a Roma conducono oggi agli Stati Uniti d'Europa.

Vi è in America un comitato di eminenti studiosi, tra i quali anche il nostro Borgese, che sta preparando con grande impegno e con grande

ricchezza di mezzi una specie di carta costituzionale mondiale in cui dovrebbero essere consacrati in chiare formule giuridiche i diritti democratici dei cittadini di tutto il mondo: una specie di vuoto stampo predisposto, nel quale i popoli, quando si saranno messi d'accordo, potranno versare il metallo liquefatto della loro unione federale. Altre iniziative sono sorte e lavorano in Europa allo stesso scopo. Io non credo che questa sia la strada migliore; ma tuttavia questi generosi tentativi di anticipata legislazione mondiale non vanno scoraggiati, perchè, se non altro, concorrono ad agitare di fronte alla coscienza pubblica i problemi del federalismo.

E c'è anche, già costituita ed in azione, una unione federalista interparlamentare, a cui partecipano molto numerosi i rappresentanti della assemblea italiana, la quale vuol preparare, attraverso una diretta intesa fra maggioranze parlamentari e senza intermediazione dei governi, una specie di Costituente federalista europea, sul tipo di quella che il nostro Montanelli vagheggiava tra gli Stati italiani prima della unificazione.

Quale di queste iniziative riuscirà ad andare in fondo? Quale porterà a risultati pratici? Non è facile prevederlo; ma forse è supponibile che in un primo momento il superstato federale, invece di nascere perfetto, con tutti i poteri e gli organi della sovranità, si limiterà ad accentrare in sè i poteri ed i mezzi per disporre dell'esercito comune e per regolare, anche occorrendo con la forza, le controversie fra Stati; e forse uno dei primi organi in cui comincerà a consolidarsi concretamente l'idea federalista sarà una Corte Suprema, posta a difesa dei diritti individuali di libertà, alla quale potranno direttamente ricorrere, varcando i confini nazionali, i cittadini di tutti gli Stati federati.

Certo è che questo immane problema dell'organizzazione europea e mondiale della pace — che non è un'utopia di un lontano avvenire, e neanche il problema di domani, ma è il tragico problema di oggi, di ora, di questo minuto che sta dinanzi a noi e che ci impone di scegliere nel ferreo dilemma tra la pace mondiale e il suicidio del genere umano, che è lì, di fronte a noi, sulla soglia, — questo problema immenso come il mondo non può essere risolto con pochi articoli di una Costituzione se prima non è risolto nelle coscienze degli uomini di buona volontà.

* * *

Sento qui la voce di un umile di buona fede: ma voi che siete alla Costituente perchè non avete risolto il problema con qualche articolo della Costituzione? Sì, certo, nella nostra costituzione c'è un articolo il quale dice testualmente che *l'Italia rinunzia alla guerra quale*

strumento di conquista e di offesa alla libertà degli altri popoli e consente, a condizione di reciprocità e di uguaglianza, le limitazioni di sovranità necessarie ad una organizzazione internazionale che assicuri la pace e la giustizia fra i popoli. Vedete: limitazione di sovranità a condizione di reciprocità; siamo, anche dal punto di vista giuridico, sulla via esatta.

Ma più di questo che cosa può fare l'Italia da sè sola? Nella Costituzione della Repubblica italiana, finchè l'Italia è sola in questa aspirazione, non può fare di più che inserire questa formula, che lascia aperte le vie dell'avvenire e il varco alla speranza.

Se una Costituzione somiglia a un'opera di architettura, questo articolo che vi ho letto somiglia a quelle pietre sporgenti che gli architetti lasciano su certe mura nude di un edificio, in previsione di dovervi nell'avvenire aggiungere e collegare un'altra parte, forse più ricca e più bella, dello stesso palazzo, non ancora compiuto nella realtà, ma già disegnato nella fantasia.

Queste pietre le chiamano « ammorzature ». Ecco, anche l'art. 4 della nostra Costituzione è una ammorzatura, una di quelle pietre sporgenti su cui si appoggerà il più vasto edificio di domani; l'edificio che certamente, se non vogliamo che gli uomini finiscano, bisognerà costruire.

VI

LA COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA (*)

1. — *Le origini*

La « Costituzione della Repubblica Italiana », solennemente approvata nella seduta dell'Assemblea Costituente del 22 dicembre 1947, promulgata dal Capo provvisorio dello Stato il 27 dicembre ed entrata in vigore il 1° gennaio 1948, prende il posto dello « Statuto fondamentale del Regno d'Italia », promulgato da Carlo Alberto re di Sardegna il 4 marzo 1848. Quello statuto fu, secondo la terminologia dei costituzionalisti, una carta « *octroyée* », cioè concessa graziosamente dal sovrano ai sudditi; questa è invece una costituzione *popolare*, cioè voluta dal popolo, fondata sulla sovranità del popolo, e liberamente formulata, senza ingerenza di altro potere, dall'assemblea costituente da esso eletta.

Novità fondamentale, nella quale tutte le altre si riassumono, è la forma repubblicana: in luogo del « governo monarchico rappresentativo » dello statuto albertino (art. 2), l'art. 1 della nuova costituzione annuncia che l'Italia è diventata, dal 1° gennaio 1948, una « repubblica democratica ».

Si potrebbe credere, stando alle date, che per singolare coincidenza storica la costituzione monarchica, dal 1848 al 1948, abbia vissuto un secolo preciso: e che la instaurazione della repubblica sia venuta proprio al momento giusto per celebrare il centenario della monarchia.

In realtà lo statuto albertino è rimasto in vigore non più di tre quarti di secolo, avendo virtualmente cessato di esistere il 28 ottobre

---

(*) [Pubblicato, in quattro puntate, in « Montecitorio. Vita del Parlamento » (Roma), a. II, n. 7, giugno 1948, pp. 1-3; e n. 8, luglio 1948, pp. 9-11; a. III, n. 1, gennaio 1949, pp. 13-14; e n. 2-3, febbraio-marzo 1949, pp. 9-10]. [*Bibliografia*, nn. 456 e 482].

1922, quando la monarchia sabauda, sotto il ricatto della « marcia su Roma », aprì le porte dello Stato alla dittatura fascista.

Sotto il fascismo lo statuto albertino, che era una costituzione « flessibile » (cioè modificabile mediante leggi ordinarie), era stato alterato o addirittura annientato pezzo per pezzo, fino a perdere del tutto i caratteri distintivi della sua fisionomia originaria. La monarchia aveva cessato non soltanto di essere « rappresentativa » (perchè i componenti della « Camera dei fasci e delle corporazioni » non erano rappresentanti del popolo, ma funzionari al servizio del dittatore), ma altresì, colla soppressione delle libertà individuali, di essere « costituzionale ». E forse aveva cessato anche, nella sostanza, di essere monarchia: perchè, col trasferimento al « duce » della massima parte dei poteri già appartenenti al re, si era instaurata una nuova specie di assolutismo a due, che avrebbe potuto denominarsi « diarchia », se non addirittura, come piacque a qualche costituzionalista del tempo, « ducarchia », (cioè governo in cui vero sovrano era il duce, ed il re era ridotto ad un insignificante simbolo araldico).

Così, quando il 25 luglio 1943, sotto la spinta delle vittorie degli Alleati che fecero precipitare l'interno dissolvimento, il regime fascista crollò, anche la monarchia fu travolta nella stessa rovina: il tumore maligno del fascismo aveva ormai invaso tutte le fibre dell'infetto organismo costituzionale. Invano il vecchio re tentò, con un gesto che volle parere un colpo di stato, di salvare la dinastia: quel tentativo di restaurazione ebbe solo il valore negativo di dimostrare che dietro quei rottami non c'era rimasto che il vuoto.

Seguì uno strano e torbido periodo di vacanza e di attesa costituzionale, durante il quale, mentre la vecchia legalità era caduta e screditata per sempre, non fu permesso ai fermenti rinnovatori dell'antifascismo, compressi e frenati sotto la prolungata occupazione alleata, di trovare immediato sbocco e genuina espressione in una nuova legalità. La convocazione dell'assemblea costituente, promessa nel giugno 1944, fu tenuta in sospeso per due anni (il periodo della luogotenenza e della cosidetta « tregua istituzionale »): e quando finalmente, colle elezioni del 2 giugno 1946, la promessa fu mantenuta, lo slancio di rinnovamento che aveva guidato la lotta antifascista aveva già perduto nella snervante attesa (prolungata forse oltre il necessario dalla prudente politica ritardatrice degli Alleati) il suo impeto primitivo.

Questo spiega lo spirito moderato e sotto certi aspetti conservatore della nuova costituzione italiana; la quale non è stata fusa di getto, col metallo vivo di un moto rivoluzionario ancora in ebullizione, ma è stata messa insieme a freddo, a cose fatte, quando all'atmosfera ardente di concordi speranze che seguì per breve ora la liberazione, era già succeduto il clima stagnante e spesso avvelenato dei disinganni,

delle competizioni e dei compromessi. Di veramente rinnovatore, il 2 giugno, non ci fu che il responso del referendum istituzionale, col quale l'Italia scelse la repubblica: memorando atto rivoluzionario, forse unico nella storia costituzionale di tutti i tempi, col quale un re fece dal trono la campagna elettorale a favore di sè medesimo e fu spazzato via da una ordinata votazione di popolo, la cui civile compostezza fu più solenne di qualsiasi clamore.

Ma, una volta fatta la scelta attraverso il referendum, i lavori dell'assemblea costituente, chiamata a tradurre in formule giuridiche la scelta fatta dal popolo, si svolsero senza teatralità di urti drammatici, in ritmo di ordinaria amministrazione. I contrasti tra forze politiche di destra e di sinistra, che nella composizione dell'assemblea, uscita fuori dalle elezioni del 2 giugno, apparvero quasi bilanciate, furono risolti, prima di arrivare alle pubbliche discussioni dell'assemblea plenaria, attraverso i segreti conciliaboli delle commissioni incaricate di preparare il progetto di costituzione: in modo che, quando questo fu portato alla discussione dell'assemblea plenaria, ogni articolo portava già nella formulazione spesso volutamente generica il segno della transazione, e già si sapeva che nella massima parte dei casi la discussione pubblica non avrebbe potuto essere che una specie di celebrazione oratoria di negoziati già conclusi nei corridoi.

I lavori della Costituente iniziati alla fine di giugno 1946 non poterono concludersi nel termine prefisso di otto mesi; e dopo la prima proroga prevista di altri quattro mesi, una seconda non prevista fu indispensabile fino alle fine del 1947 (e ci volle anche un supplemento di lavoro nel gennaio del 1948). Ma non sarebbe giusto attribuire questo ritardo a scarsa laboriosità dell'assemblea: in verità il lavoro da questa compiuto nei diciotto mesi della sua esistenza è stato ingente e le notizie statistiche date in proposito dal presidente Terracini nell'ultima seduta furono molto significative.

Di questa apparente lentezza due sono state le cause: il cumulo nella stessa assemblea della funzione costituente e della funzione legislativa ordinaria, e il fatto che, nell'esercizio della prima, la Costituente, che era in quel campo interamente sovrana e non ammetteva alcuna ingerenza governativa, non fu chiamata a discutere un progetto di costituzione già preparato dagli uffici del governo, ma dovè studiarlo e prepararlo da sè, attraverso i lavori preliminari di una commissione nominata tra i suoi stessi componenti (la cosiddetta « commissione dei Settantacinque », che divisa in tre sottocommissioni, lavorò ininterrottamente per sei mesi a redigere il progetto).

Questa natura ibrida di un corpo deliberante creato a « doppio uso », dà la spiegazione di alcuni caratteri meno pregevoli della costituzione che n'è uscita: la quale in molte sue disposizioni porta il segno

di quelle cautele tattiche e di quei calcoli opportunistici che sono propri di una assemblea politica alla vigilia delle elezioni. Molti problemi costituzionali, che avrebbero dovuto essere affrontati con spirito lungimirante *sub specie aeternitatis,* furono considerati collo sguardo miope di chi non vede una spanna al di là della propria riuscita elettorale. Certi partiti hanno accettato senza discutere soluzioni in contrasto coi loro principî, unicamente perchè hanno sperato di aver la prevalenza nella camera di domani, e di poterle così, con un colpo di maggioranza, cancellare o capovolgere; certe disposizioni apparentemente inutili ed innocue sono state appositamente inserite nella costituzione per servire domani da spunti di propaganda sulle piazze o nelle sacrestie. Così la costituzione, che avrebbe dovuto essere soltanto una garanzia di legalità imparziale superiore alle lotte dei partiti, è diventata, in alcune sue parti, un vessillo di rivendicazioni elettorali ed un terreno minato in cui ciascun partito ha cercato di predisporre tranelli per gli scontri di domani.

Questo non dev'essere dimenticato da chi si accinga a studiare l'architettura del nuovo edificio costituzionale italiano: nel quale bisogna distinguere certi scenari improvvisati, che possono essere di fragile cartapesta dipinta, dai muri maestri, costruiti in solida pietra, che si chiamano *repubblica e democrazia.*

2. — *Gli organi costituzionali*

Per riassumere in forma chiara e sintetica le linee fondamentali della Costituzione italiana, è opportuno cominciare dalla seconda parte, cioè da quella in cui è tracciata l'architettura dei supremi organi costituzionali.

L'art. 1 stabilisce che « l'Italia è una repubblica democratica ». Che vuol dire « democratica »? in che giuridicamente consiste, nella Costituzione italiana, la « democrazia »? Il carattere democratico dello Stato italiano non si rivela soltanto nella forma repubblicana (elettività, non ereditarietà del capo dello Stato, art. 83); ma è soprattutto consacrato nel capoverso dello stesso art. 1, secondo il quale « la sovranità appartiene al popolo che la esercita nella forma e nei limiti della Costituzione ».

Tutti i poteri della sovranità che nell'esercizio si ripartiscono, come ora vedremo, tra gli organi costituzionali, hanno la loro prima fonte nella volontà del popolo. Ma il popolo esercita la sovranità che ad esso appartiene, non direttamente, bensì a mezzo di rappresentanti da esso eletti: democrazia *rappresentativa,* dunque, non democrazia *diretta.* Solo in casi eccezionali il popolo può esercitare direttamente

il potere legislativo, mediante *referendum* da indirsi per l'abrogazione delle leggi ordinarie (art. 75) o per l'approvazione delle leggi costituzionali (art. 138).

Ma anche nella struttura rappresentativa la sorgente, se pur non immediata, di ogni potere è sempre nel popolo: dal popolo sono elette le due Camere legislative (art. 56 e art. 58), dalle quali è eletto il Presidente della Repubblica (art. 83), che a sua volta nomina il Governo (art. 92), che per rimanere al potere ha bisogno della fiducia delle Camere (art. 94). E' facile accorgersi che il potere che circola in questo sistema di organi, salendo dalla base al vertice e da questo ridiscendendo verso la base, ha in ogni caso il suo titolo di legittimazione nel popolo, al quale periodicamente deve tornare per attingerne, attraverso la consultazione elettorale, nuova investitura e nuovo impulso.

Sovranità espressa attraverso il suffragio popolare significa governo di maggioranza: nelle elezioni con cui si nominano i rappresentanti della nazione (art. 67) e poi nelle deliberazioni delle Camere legislative, vale come volontà di tutti la volontà della maggioranza. Ma non in questo solo consiste la democrazia: la quale non significa onnipotenza della maggioranza, ma significa soprattutto libertà di opposizione da parte della minoranza, e diritto incontrastato di questa di assumere il potere, quando riesca, nell'esercizio delle libertà politiche garantite dalla Costituzione, a diventare maggioranza a sua volta.

Ma se questo è il significato giuridico e formale della democrazia, sostanzialmente e socialmente essa vorrebbe, nei propositi della Costituzione italiana, significare qualcosa di più: attraverso il principio della uguaglianza *in partenza* di tutti i cittadini (art. 3) e attraverso la rimozione di tutti gli ostacoli economici che impediscono ai non abbienti di profittare di questa uguaglianza (cpv. dello stesso articolo), democrazia vuol dire sotto l'aspetto sociale formazione di una classe dirigente *aperta*, perpetuamente ringiovanita dalla circolazione e dalla ascesa dei più meritevoli di ogni categoria sociale verso i posti più alti degli studi e della società. A questo la Costituzione vuole alludere quando nell'art. 1 dice che la Repubblica italiana è « fondata sul lavoro »: per questo il diritto all'istruzione gratuita per tutti i meritevoli è affermato come principio fondamentale della democrazia (art. 34), e la scuola è considerata come lo strumento più potente per spezzare, senza brusche rotture rivoluzionarie, ma coll'opera instancabile di ogni giorno, i privilegi della nascita e della ricchezza.

* * *

Posizione politicamente preminente su tutti gli altri organi costituzionali è data al Parlamento, composto di due Camere (Camera dei

Deputati e Senato della Repubblica), che esercitano congiuntamente la funzione legislativa (art. 70) e il controllo politico sul Governo (art. 94). Mentre in un primo momento, all'inizio dei lavori della commissione dei Settantacinque, pareva che le sinistre fossero contrarie al sistema bicamerale, o che in ogni caso volessero assicurare alla prima Camera una netta priorità e prevalenza di poteri, alla fine è stato adottato un sistema bicamerale perfetto, basato sull'assoluta equivalenza funzionale delle due Camere: tutt'e due rappresentative, tutte e due elette a suffragio universale, e fornite di uguali poteri nel campo legislativo e politico. Anzi, se un po' di squilibrio c'è, è piuttosto nel senso di dare una certa prevalenza al Senato: sia perch'esso è eletto per sei anni, mentre la Camera dei deputati è eletta per cinque (art. 60), sia perchè nel caso di vacanza o di impedimento del Presidente della Repubblica le sue funzioni sono esercitate dal Presidente del Senato (art. 86); sia perchè soprattutto, la nomina a senatori di diritto dei parlamentari più autorevoli (come tra poco si dirà) sembra avere spostato il fulcro dell'interesse politico dalla Camera al Senato. Nel sistema parlamentare prefascista solo la Camera dei deputati poteva rovesciare col suo voto di sfiducia il ministero: per la Camera alta valeva il principio che « il Senato non fa crisi ». Oggi invece anche il Senato può *fare crisi,* e data la sua composizione politica attuale, è prevedibile che vento di crisi possa spirare in Senato prima che alla Camera, dove ristagna, per la schiacciante prevalenza della maggioranza, clima di bonaccia.

Si è molto discusso nelle commissioni e poi nell'assemblea, sul modo di regolare la composizione del Senato, per evitare che esso, dovendo essere eletto a suffragio universale come la Camera dei deputati, diventasse un doppione di questa; scartate le proposte che volevano affidar la nomina dei senatori a determinati enti professionali o culturali o limitarne la scelta entro prefissate categorie di cittadini qualificati per particolari meriti, ed altresì quelle che volevano dare al Senato una funzione di rappresentanza rigidamente regionale (di ciò è rimasta soltanto una traccia nell'art. 57, il quale stabilisce che nessuna regione può avere un numero di senatori inferiori a sei), la distinzione è stata cercata alla fine nella differenza di età degli elettori e degli eleggibili (fissata rispettivamente in 21 e 25 anni per la Camera dei deputati, e in 25 e 40 anni per il Senato) e nel diverso sistema elettorale, che mentre per la Camera dei deputati è quello dello scrutinio di lista con rappresentanza proporzionale, per i senatori doveva essere quello della elezione a collegio nominale; ma poi, anche per il Senato, il mostruoso sistema elettorale venuto fuori dal compromesso tra le varie tendenze si è molto avvicinato a quello della rappresentanza proporzionale, sicchè non si può dire che tra le due Camere, quali sono venute fuori dalle elezioni del 18 aprile, si possa rilevare, quali-

tativamente e politicamente, un divario definibile con una formula precisa. La Camera dei deputati è molto più numerosa del Senato: un deputato per ogni ottantamila elettori, che vuol dire tra i 550 e i 600 deputati; mentre i senatori eletti uno per ogni duecentomila elettori, superano di poco i 200; ma a questi si devono aggiungere i cinque senatori a vita che potranno essere nominati dal Presidente della Repubblica per « altissimi meriti », e, per la prima legislatura, più di 100 deputati dell'Assemblea costituente, ai quali è stato riconosciuto con una disposizione transitoria il diritto di far parte del Senato o per aver ricoperto in precedenza uffici parlamentari o per aver scontato almeno cinque anni di reclusione in seguito a condanna del tribunale speciale fascista (art. III delle disp. trans.).

* * *

Dal Parlamento che trae origine dal popolo, traggono origine a loro volta tutti gli altri supremi organi politici.

Il Presidente della Repubblica è di nomina parlamentare: esso è eletto per sette anni (unico requisito, deve avere più di cinquanta anni) da un'assemblea composta dalle due camere riunite e da tre speciali delegati di ogni regione. Durante i lavori delle commissioni qualcuno timidamente affacciò l'idea di un governo presidenziale che cumulasse nel capo dello Stato eletto direttamente dal popolo l'ufficio di capo del Governo e garantisse così la continuità e la stabilità della politica governativa; ma poi, per la fobia dei regimi personali che possono essere preludio di dittatura, prevalse a gran maggioranza il sistema del governo parlamentare, nel quale il Presidente della Repubblica è eletto dal Parlamento ed ha soltanto l'ufficio, equilibratore e superiore ai partiti, di capo dello Stato politicamente irresponsabile (art. 90), mentre la responsabilità politica è tutta del capo del Governo presidente del consiglio dei ministri (art. 95), che, quantunque sia formalmente investito dal Presidente della Repubblica, non può reggersi se non ha la fiducia di ambedue le Camere (art. 94). Si è data così espressa e razionale disciplina giuridica a quel sistema parlamentare, che, ignoto alla lettera dello statuto albertino, subito si era affermato per consuetudine fino dai primi anni della monarchia, e che il fascismo abolì. La Costituzione repubblicana, a somiglianza di quanto è disposto in altre recenti costituzioni europee, ha cercato però di disciplinare il sistema, e di rendere più rare e meno precipitose le crisi governative, stabilendo speciali cautele per la presentazione e l'approvazione delle mozioni di sfiducia (art. 94).

Il Presidente della Repubblica come già il re, « rappresenta l'unità nazionale » ed ha molte delle prerogative che sotto la monarchia

erano riservate al sovrano; ma mentre, per lo statuto albertino, il re partecipava mediante la « sanzione » all'esercizio del potere legislativo, e poteva col rifiutarla impedire il perfezionamento di una legge, secondo la Costituzione repubblicana la legge è perfetta coll'approvazione delle due Camere, e il presidente ha solo l'ufficio di promulgarla (art. 73): ha solo il potere di sospendere la promulgazione per invitare con messaggio motivato le due Camere ad un riesame della legge già da esse approvata (art. 74).

In tutto questo, com'è facile intendere, nulla vi è di audacemente innovatore: in molti istituti è facile riconoscere lo Statuto albertino, tradotto in linguaggio repubblicano. La nuova Costituzione italiana non rappresenta il risultato o il punto di arrivo di una rivoluzione di carattere sociale che l'abbia preceduta e che abbia creato di fatto, prima di tradurli in stabili leggi, nuovi organi di sovranità fondatori di una democrazia di nuovo tipo: essa rimane, nella struttura tradizionale degli organi costituzionali, una costituzione, come suol dirsi, « borghese » a tipo ottocentesco ed occidentale, nella quale il sistema parlamentare, già in atto da un secolo, è stato consacrato in espresse norme e, come dicono i costituzionalisti, « razionalizzato ». Ma bisogna anche francamente riconoscere che questa codificazione « razionalizzata » del sistema parlamentare ottocentesco è già in ritardo di parecchi decennî sulla realtà storica in cui oggi viviamo. Lo sviluppo e il predominio dei partiti, ai quali la costituzione fa soltanto un timido accenno (art. 49), ha oggi invaso tutta la scena politica e ha sovvertito e in gran parte vuotato di senso il sistema parlamentare. Nella costituzione, la quale ignora la importanza predominante e la ingerenza costituzionale assunta dai partiti, si rispecchia soltanto un aspetto della nostra vera vita politica: e forse non quella più promettente e vitale.

* * *

Unica innovazione veramente importante della nostra costituzione è quella dell'autonomia regionale (art. 114-133). Il territorio dello Stato è stato diviso in diciannove regioni (art. 131), che dovranno esser regolate ognuna da un proprio statuto (art. 123), con una propria assemblea legislativa (Consiglio regionale) e un proprio governo (Giunta regionale) la cui struttura corrisponderà, in scala ridotta, a quella degli organi centrali. Anche sotto il precedente regime esistevano enti locali (Comuni e provincie), forniti di *autarchia* (cioè del potere di amministrarsi nei limiti delle leggi stabilite dallo Stato); ma qui la novità consiste nell'aver dato a queste circoscrizioni più vaste che sono le regioni e che hanno tutte una propria individualità fondata su ragioni storiche, geografiche ed etniche, l'*autonomia*, che è più dell'autarchia,

cioè una propria competenza politica e legislativa, in forza della quale in numerose materie di interesse locale (art. 117) le leggi saranno d'ora innanzi emanate, anzichè in maniera uniforme dagli organi centrali dello Stato, dagli organi di ciascuna regione in modo più aderente alle esigenze particolari.

L'entrata in vigore dell'ordinamento regionale è rimandata al prossimo avvenire: entro un anno dovranno aver luogo le elezioni dei Consigli regionali (disp. trans. VIII) ed entro tre anni essere approvati e coordinati gli statuti (disp. IX). Ma la Costituente ha già discusso ed approvato gli statuti speciali di alcune regioni alle quali per ragioni politiche è stato ritenuto opportuno concedere forme e condizioni particolari e più ampie di autonomia (art. 116): e due di essi, quelli della Sicilia e della Valle d'Aosta, sono già in vigore.

Nella discussione di questo delicato argomento dell'ordinamento regionale si sono scontrati i fautori delle opinioni estreme: regionalisti a oltranza, che vedono nell'autonomia delle regioni il rimedio contro il predominio della burocrazia accentratrice rafforzata dal fascismo, lo stimolo per educare e affezionare il popolo alla vita politica, il libero svolgimento assicurato alla molteplice varietà di interessi e di vocazioni di cui vive l'unità italiana; ed i recisi avversari del regionalismo i quali nell'autonomia delle regioni temono il separatismo e la disgregazione di questa unità, il pericolo di una nuova burocrazia aggiunta a quella centrale, e la ricaduta di certe regioni, specialmente meridionali, sotto la tirannia reazionaria di caste feudali e di clientele locali. Dal contrasto di queste opinioni estreme è venuta fuori anche qui, una soluzione di compromesso: lo « Stato regionale », a mezza strada tra lo Stato unitario e lo Stato federale, che dovrebbe lasciare ad ogni regione una moderata autonomia, sufficiente per soddisfare le esigenze locali, ma non mai tale da escludere l'intervento dello Stato a difesa dell'interesse nazionale, che in ogni caso dovrebbe avere la prevalenza.

Se la via segnata dalla Costituente sia quella giusta, solo l'esperienza potrà dirlo: le prove di capacità governativa e di maturità politica date da molte regioni italiane durante la guerra di liberazione, quando ognuna di esse, tagliata dal centro, dovè affrontare colle sole sue forze i propri problemi, costituiscono un serio motivo per guardare all'autonomia regionale con fiducia; ma l'esperimento già in atto dell'autonomia siciliana (purtroppo non ancora coordinata colla Costituzione nazionale) lascia anche nei regionalisti più fervidi gravi dubbi. E si ha l'impressione che anche nei partiti che furono all'inizio della Costituente accesi fautori del regionalismo, gli entusiasmi si siano andati attenuando, sia perchè già si profilano gli inconvenienti delle complicazioni burocratiche e dei conflitti di interessi tra nazione e regioni, sia soprattutto perchè, in seguito alla situazione politica sca-

turita dalle elezioni del 18 aprile, il partito di maggioranza, strepitosamente vincitore sul piano nazionale, non ha più interesse a servirsi delle autonomie regionali per andare in cerca di vittorie locali, ed anzi vede in queste autonomie il pericolo di un prossimo ritorno offensivo sul piano regionale dei partiti rimasti in minoranza nelle elezioni nazionali.

3. — *I diritti individuali e le loro garanzie*

Una costituzione è prima di tutto (in senso sostanziale) un sistema di organi, istituiti e coordinati per l'esercizio della sovranità e un procedimento per farli funzionare: una macchina, si potrebbe dire, per fabbricare il diritto. Per questo la costituzione si considera (in senso formale) come una *superlegge*, come una legge anteriore e superiore a tutte le altre (che in contrapposto a questa legge *costituzionale* si denominano leggi *ordinarie*), la quale si limita a stabilire come e da chi sarà d'ora in avanti esercitato il potere di fare le leggi ordinarie, ma non preannuncia nè vincola il contenuto di queste, che gli organi legislativi creati dalla costituzione potranno deliberare nell'avvenire, via via che le esigenze politiche si riveleranno progressivamente attraverso il giuoco delle elezioni e dei congegni parlamentari.

Ma nella Costituzione italiana (come in molte moderne costituzioni) c'è nei *Principi fondamentali* (art. 1-12) e soprattutto nella prima Parte (*Diritti e doveri dei cittadini*, art. 13-54), qualcosa di più: cioè una serie di limiti e di impegni, fissati in anticipo dalla Costituzione per i legislatori dell'avvenire, coi quali si vuole non soltanto escludere in via negativa che le leggi ordinarie possano menomare certe libertà essenziali dei cittadini, riconosciute dalla costituzione come diritti individuali, ma altresì promettere in via positiva che esse leggi ordinarie si adopreranno per soddisfare certe esigenze ancora insodisfatte di ordine sociale ed economico, che la Costituzione fissa come direttive politiche per l'attività dei legislatori futuri. Questa è l'importanza tipica di questa garanzia costituzionale data ai diritti individuali: ch'essa è destinata a difendere le libertà individuali del cittadino non contro le offese provenienti da altri cittadini, ma contro gli attentati che potessero provenire dall'*autorità*, cioè dal potere esecutivo e dallo stesso potere legislativo.

* * *

Le libertà individuali civili e politiche che la Costituzione vuol mettere al riparo dai possibili attentati dei legislatori futuri, sono sullo

stesso piano di quelle già proclamate nelle « dichiarazioni dei diritti », che servivano da proemio solenne alle più antiche costituzioni fondate su premesse giusnaturalistiche: diritti considerati come preesistenti allo Stato e inviolabili dallo stesso legislatore, come un *prius* di diritto naturale che l'ordinamento positivo, venuto dopo, non potrebbe disconoscere nè menomare. Sarebbe troppo lungo analizzare la formulazione, che la Costituzione italiana ha dato, in maniera minuziosa e precisa, a questi diritti di libertà (specialmente gli artt. 13-28 per le libertà civili; e gli artt. 48-54 per le libertà politiche) nei quali si ritrovano, completate, specificate e ammodernate, le premesse di tutte le costituzioni liberali del secolo passato (uguaglianza giuridica e politica di tutti i cittadini; libertà e inviolabilità della persona e del domicilio; libertà di comunicazione, di circolazione, di riunione, di associazione, di pensiero, di stampa; garanzie della difesa nei giudizi; suffragio universale, uguaglianza nell'accesso ai pubblici uffici e alle cariche elettive).

Lungo discorso meriterebbe, perchè si tratta di un punto nel quale la Costituzione Italiana si distacca dal sistema liberale, il tema della libertà religiosa; in relazione alla quale l'art. 8 non dice, come logicamente era stato proposto, che « tutte le confessioni religiose sono *uguali* davanti alla legge », ma dice soltanto che sono « *ugualmente libere* ». Ugualmente libere, ma non uguali: formula ambigua, sottilmente pesata per andar d'accordo colla disposizione dell'art. 7, la quale confermando i Patti Lateranensi e dando ad essi valore costituzionale, è venuta in sostanza anche senza volerlo dire espressamente, a riconoscere la religione cattolica come religione dello Stato, alla quale è consentita dal Concordato, in molti campi della vita civile, e specialmente in materia matrimoniale e in materia scolastica, una condizione *anche giuridica* di privilegio. Così, in questa Costituzione repubblicana entra, attraverso l'art. 7, lo Stato confessionale: cioè una concezione inconciliabile con quei principi della separazione tra Chiesa e Stato, che fino al Concordato concluso nel 1929 tra la Santa Sede e il governo fascista, sembravano acquisizione irrevocabile dell'Italia liberale uscita dal Risorgimento.

Ma come si è detto, accanto ai tradizionali diritti di libertà, di fronte ai quali lo Stato prende l'impegno puramente negativo di non violarli, la nuova Costituzione fa larga parte a quei cosiddetti « diritti » ai quali ormai, nelle costituzioni sorte dopo la prima guerra mondiale, si è riservato il nome di « *sociali* »: i quali tendono ad assicurare ad ogni cittadino quel minimo di benessere economico senza il quale la libertà politica rimane un oggetto di lusso, di cui solo i ricchi possono servirsi a proprio profitto (art. 3). Ma, purtroppo, a questi cosiddetti diritti (diritto al lavoro, art. 4; alle cure sanitarie gratuite, art. 32; alla scuola gratuita, per i capaci e meritevoli fino

all'istruzione superiore, art. 34; all'assistenza per le famiglie numerose, art. 31, e così via), non corrispondono, nella organizzazione sociale attuale, mezzi e provvidenze che permettano di soddisfarli con quelle prestazioni positive che lo Stato per ora si limita a promettere per l'avvenire. Non si tratta quindi di diritti effettivi ai quali corrisponda un dovere positivo dello Stato: si tratta di promesse, di speranze, di programmi. La repubblica si propone di tradurre in realtà nell'avvenire, con apposite leggi, queste promesse; ma per ora il rinnovamento sociale che l'attuazione di questo programma comporterebbe, è solo una buona intenzione. Indubbiamente in questi articoli della Costituzione (artt. 29-47) si trovano i germi di una profonda trasformazione sociale ed economica, che dovrebbe veramente portare a riconoscere nel lavoro l'unico titolo di dignità umana e di partecipazione alla vita politica; ma per ora questa è solo un'aspirazione. L'art. 1 dice che la repubblica italiana è « fondata sul lavoro », e l'art. 4 rincalza che « ogni cittadino ha il dovere di svolgere secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività, o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società »; ma non spiega quali mezzi pratici la società offre per assicurare ad ogni cittadino i mezzi per lavorare secondo la propria scelta, e quali sanzioni stabilisca per chi ritenga che la via migliore per contribuire al progresso sociale sia quella di rimanere ozioso a spese di chi lavora. D'altra parte anche in questa enunciazione programmatica di riforme, in cui la Costituzione si diffonde, è evidente, nelle formule oratorie assai spesso vaghe e volutamente generiche, il carattere transattivo tra concezioni politiche disparate e forse contrastanti: l'iniziativa economica privata è libera, ma la legge determinerà i « programmi e i controlli opportuni... perchè... possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali » (art. 41); la proprietà privata è garantita, ma certe imprese di interesse generale potranno essere espropriate e trasferite ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti (art. 43); la piccola e media proprietà terriera sarà favorita, ma sarà imposta la bonifica delle terre incolte e la trasformazione del latifondo (art. 44); diritto di sciopero, ma « nell'ambito delle leggi che lo regolano » (art. 40); consigli di gestione, ma « nei limiti stabiliti dalle leggi »; e così di seguito, in ogni disposizione, veleno e contravveleno, ostentazione di belle promesse e riserva mentale di non mantenerle.

Così, mentre le disposizioni che consacrano i diritti di libertà hanno un contenuto certamente giuridico ed attuale, queste relative ai cosiddetti « diritti sociali » hanno importanza soltanto politica e virtuale: in esse tutti i partiti hanno cercato prima delle elezioni motivi per la loro propaganda elettorale, e ora, nelle nuove battaglie

parlamentari, vi cercano spunti polemici per accusarsi a vicenda di tradire la Costituzione.

* * *

La difesa dei diritti individuali e il mantenimento della Costituzione è affidata alla Magistratura (art. 101-113) e alla Corte costituzionale (art. 134-137).

Nell'ordinamento della Magistratura la costituzione ha introdotto innovazioni notevoli anche se non molto appariscenti per gli occhi dei profani: in quanto, coll'affidare alla stessa Magistratura l'autogoverno sulla carriera e la disciplina dei magistrati, ha cercato di rendere compiuta ed effettiva quella indipendenza dei giudici, che nell'ordinamento giudiziario prefascista era soltanto postulata in teoria. A garanzia di tale indipendenza non si è giunti, come qualcuno aveva proposto, a abolire addirittura il ministro della Giustizia, ed ogni traccia di quel controllo esterno che esso doveva esercitare sull'amministrazione della giustizia per poter rispondere di fronte al Parlamento, del buon andamento della medesima; ma tutti i più importanti poteri attinenti alla carriera e alla disciplina dei magistrati sono stati affidati al Consiglio superiore della magistratura, organo collegiale di autogoverno, i cui componenti sotto la presidenza del Presidente della Repubblica, sono in maggioranza magistrati, eletti dagli stessi magistrati e pertanto indipendenti da ogni ingerenza governativa. E la competenza (e quindi la responsabilità) del Ministro della Giustizia, è stata ristretta soltanto all'organizzazione e al funzionamento dei « servizi relativi alla giustizia » (art. 110).

* * *

La conservazione della costituzione è garantita dal controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi esercitato in via di delibazione, dalla Magistratura e in via definitiva dalla Corte costituzionale. La nuova Costituzione italiana, a differenza dello Statuto albertino, è una costituzione *rigida*: le sue disposizioni non possono essere modificate con leggi ordinarie, ma soltanto attraverso uno speciale procedimento legislativo più complicato e più solenne di quello ordinario, e in certi casi accompagnato da *referendum* popolare (revisione della Costituzione: art. 138).

Da questo carattere rigido della costituzione deriva che, se in qualsiasi giudizio, civile penale o amministrativo, il giudice ha il dubbio che la legge che sta per applicare sia in contrasto con qualche norma della Costituzione (o se la questione è sollevata da una delle parti, e il giudice non la ritiene « manifestamente infondata ») il giu-

dizio deve esser sospeso, in attesa che sulla questione si pronunzi la Corte costituzionale la quale ha il potere (art. 136) di dichiarare la « illegittimità costituzionale » della legge, colla conseguenza che questa « cessa di avere efficacia » (art. 136).

La Corte costituzionale, la cui composizione e la cui competenza è regolata nelle linee generali dalla Costituzione (art. 134-137) e da un'apposita legge costituzionale del 9 febbraio 1948 n. 1 (ma le altre norme per il suo funzionamento pratico dovranno esser dettate da una legge ordinaria ancora in elaborazione), ha competenza, oltre che sulle questioni di legittimità costituzionale delle leggi, sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le regioni, o tra le regioni; e sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica ed i Ministri. Ma il controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi resta certamente la più importante tra le sue attribuzioni; e anch'essa, come le altre due sopra enunciate, ha rilevanza più politica che giuridica, in quanto, specialmente quando si tratterà di giudicare se le nuove leggi siano in armonia colle direttive programmatiche formulate nella costituzione, questo giudizio implicherà valutazioni di carattere indubbiamente politico sul contenuto delle leggi e sulla loro fedeltà a quelle che furono le tendenze politiche da cui sorse la Costituzione.

Questa è la ragione per la quale questo controllo costituzionale sulle leggi non è stato affidato al supremo organo giudiziario che continua ad essere la Corte di Cassazione, unica per tutta la Repubblica; e si è preferito invece creare *ex novo* in questa Corte costituzionale un apposito organo che stia fuori dell'ordinamento giudiziario, al disopra di tutti e tre i poteri dello Stato, i quali concorreranno ugualmente a scegliere un terzo per ciascuno, i suoi componenti (art. 135: « nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune e per un terzo dalle supreme magistrature ordinaria ed amministrativa »).

* * *

L'edificio costituzionale, costruito dalla Costituente nei suoi muri maestri, non è ancora compiuto in tutte le sue parti: l'ordinamento regionale è ancora soltanto una promessa; la Corte costituzionale e il Consiglio superiore della Magistratura sono ancora in preparazione; certi organi appena annunciati dalla Costituzione non si sa ancora bene in che consisteranno (così, ad esempio, il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, di cui parla l'art. 99 della Costituzione); le leggi in materia sindacale sono ancora tutte da fare (art. 39 e 40).

Il lavoro legislativo per dar forma definitiva alla Costituzione e per mettere in moto praticamente tutti i suoi congegni è appena all'inizio.

Ma questo non deve indurre a dare un giudizio negativo sulla Costituzione; la quale, se dovrà essere, com'è, un organismo vivo e vitale, si rafforzerà e si perfezionerà vivendo. Meritano di esser ricordati, a chiusura di queste note, proprio perchè essi guardano verso l'avvenire della Costituzione, due articoli caratteristici. Uno è l'art. 139, il quale, dopo che l'art. 138 ha stabilito il procedimento attraverso il quale le disposizioni della Costituzione possono essere rivedute e modificate, aggiunge che « la forma repubblicana non può essere oggetto di revisione »: il che praticamente significa che il tentativo di cambiare la forma repubblicana, anche se fosse fatto pacificamente col procedimento della revisione costituzionale, farebbe cadere nel nulla l'intera Costituzione e riporterebbe senz'altro l'Italia nel disordine rivoluzionario e pregiuridico.

L'altro è l'art. 11, il quale, col dichiarare che l'Italia « consente in condizioni di parità cogli altri Stati alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni », attesta l'aspirazione del popolo italiano ad una federazione mondiale, o almeno europea, di Stati democratici, e costituisce il tramite già predisposto per passare, senza soluzione di continuità giuridica, dalla chiusa sovranità dello Stato nazionale a quella aperta della Federazione dei popoli liberi e pacificati nel lavoro.

Se la Costituzione si considera come un edificio, questo articolo 11 è, tanto per rimanere nell'immagine, la porta che si apre verso la vasta serenità della campagna: verso i confortanti, anche se remoti, orizzonti dell'avvenire.

VII

LA CONVOCAZIONE DELL'ASSEMBLEA COSTITUENTE EUROPEA (°)

I. — *Premesse politiche.*

Il tema della presente relazione è strettamente delimitato e fondato su presupposti di carattere politico che si danno per dimostrati: supponendo che in un gruppo di Stati democratici europei si sia già formata sul terreno politico la disposizione a cooperare alla costituzione di una Federazione europea (Stati Uniti d'Europa), si tratta qui di studiare quale procedimento questi Stati dovrebbero seguire, secondo i principî del diritto internazionale e del diritto costituzionale generale, per arrivare praticamente, *senza soluzione di continuità giuridica,* alla costituzione legale di questa Federazione.

Due premesse, quindi, si suppongono come già fuori di discussione: prima, che lo scopo da raggiungere sia quello di costituire in Europa una vera « Federazione », cioè uno Stato europeo fornito di propria sovranità, superiore a quella dei singoli Stati componenti, la sovranità dei quali dovrebbe trovarsi necessariamente limitata da quella dello Stato federale di cui fanno parte (e non quindi di costituire una semplice « Unione » di Stati associati, ma ancora pienamente sovrani); seconda, che sulla opportunità di adoprarsi praticamente per il raggiungimento di questo scopo si sia formato già un gruppo di Stati disposti ad accordarsi. Il dare come già avverate queste due premesse politiche non è solo un espediente dialettico richiesto dalla necessità di concentrare l'indagine sulle questioni più propriamente giuridiche; ma è anche una ipotesi già prossima alla realtà, specialmente dopo le conclusioni del congresso della Unione parlamentare europea, tenuto

---

(°) [Relazione presentata al II Congresso internazionale dell'« Unione Europea dei Federalisti », Roma 7-11 novembre 1948. Pubblicata in « Il Ponte », a. IV, n. 11 (1948), pp. 1084-1100]. [*Bibliografia,* n. 475].

nello scorso settembre ad Interlaken, nel quale si è visto che già fin d'ora in molti Parlamenti esiste un forte gruppo, se non addirittura la maggioranza, di aderenti all'idea della Federazione europea. Si deve dunque dare qui come già superata la fase del proselitismo federalistico, durante la quale l'idea della Federazione europea, attraverso svariate forme di propaganda, si è rapidamente fatta strada nell'opinione pubblica ed è penetrata nei Parlamenti di molti Paesi europei; e si tratta ora di passare alla fase *tecnico-giuridica,* in cui tutto il problema consiste nel trovare i procedimenti e i metodi pratici per trasformare giuridicamente questa idea in realtà pratica, cioè in una organizzazione fornita di poteri sovrani.

Un altro punto che si dà come risolto in questa relazione è quello della scelta degli Stati che potranno essere invitati, o ammessi a loro richiesta, a far parte di questa Federazione europea: evidentemente in tale scelta dovrebbero essere tenuti presenti almeno due requisiti, uno di carattere geografico (appartenenza all'Europa) ed uno di carattere costituzionale (necessità che la costituzione interna degli Stati aderenti non sia incompatibile coll'ingresso in una Federazione europea del tipo proposto); ma anche questo è un problema di carattere politico e storico, che non può entrare in questa ricerca.

II. — *Lo scopo da raggiungere: Federazione non Unione.*

Avere fin da principio un'idea chiara sullo scopo che si vuole raggiungere (costituzione di uno Stato federale, non di una semplice unione di Stati sovrani) è essenziale anche per la ulteriore determinazione delle forme del procedimento da seguire: se lo scopo da raggiungere fosse soltanto quello di arrivare a una unione di Stati sovrani associati per il raggiungimento di alcuni scopi comuni (sul tipo della Lega delle Nazioni o dell'Organizzazione delle Nazioni Unite; o anche sul tipo della prima Confederazione americana del 1777), il procedimento da seguire per il raggiungimento di questo scopo potrebbe esaurirsi in quelle forme consuete con cui gli Stati assumono impegni di carattere internazionale, che non diminuiscono la loro sovranità e che non dànno vita a un nuovo Stato. Quando invece si tratti di dar vita a uno Stato federale, che all'atto stesso in cui nasce sottrae per riassumerla in sè una parte della sovranità dei singoli Stati che entrano a far parte della Federazione, allora le forme da seguire sono necessariamente più complicate, perchè per stabilirle non bastano più le norme del diritto internazionale regolanti le relazioni e le convenzioni tra Stati sovrani, ma occorre far ricorso altresì ai principî del diritto costituzionale generale, relativi ai modi con cui può cessare o trasfor-

marsi uno Stato esistente o sorgerne uno nuovo, e alle speciali forme che sono richieste per l'esercizio del potere costituente, attraverso il quale i singoli Stati possono modificare la loro costituzione. Dato che l'entrare a far parte di uno Stato federale implica necessariamente, per i singoli Stati componenti, rinuncia a una parte della loro indipendenza e perdita a certi effetti della loro sovranità, l'adesione alla Federazione richiede in ogni caso una modificazione della costituzione interna di ciascun Stato aderente; sicchè in quegli Stati a costituzione rigida nei quali le forme della legislazione ordinaria non sono sufficienti per modificare la costituzione, l'adesione allo Stato federale non potrà validamente avvenire che coll'intervento di quelle forme e di quegli organi ai quali è riservato l'esercizio del potere costituente. Ma di questo si dirà più avanti, quando si tratterà di precisare quale sia il momento in cui l'intervento di queste forme e di questi organi diventi indispensabile.

III. — *Nascita di uno Stato federale.*

Lo Stato federale o Federazione di Stati è, come abbiamo detto, uno Stato sovrano, distinto da quelli che lo compongono e superiore ad essi; la sua nascita è la nascita di un nuovo Stato, che può teoricamente avvenire in uno di quei molti modi che si trovano classificati nei trattati degli internazionalisti.

Le vicende storiche attraverso le quali nasce nella realtà un nuovo Stato sono innumerevoli e imprevedibili: nè si può dire che negli esempi tratti dalla storia si siano esaurite tutte le possibili forme dell'avvenire. Ma sotto l'aspetto giuridico si possono distinguere tuttavia due diversi gruppi di casi: secondo che il nuovo Stato nasca *dal fatto*, fuori dalle previsioni della preesistente legalità, che rimane infranta sotto l'impulso violento di forze militari o rivoluzionarie; ovvero sorga *dal diritto*, cioè attraverso il funzionamento pacifico e legale di procedimenti costituzionali predisposti per raggiungere tale scopo.

La nascita *di fatto* di un nuovo Stato può derivare, ad esempio, dalla unificazione di più Stati debellati imposta colle armi dalla dominazione del vincitore, od anche da una rivoluzione colla quale i popoli di diversi Stati abbiano violentemente infranto gli ordinamenti giuridici, entro i quali, come in compartimenti stagni, erano finora separati, e, travolte le barriere costituzionali preesistenti, si siano uniti a formare un popolo solo concorde nel creare *ex novo* un solo Stato unitario. Quando viceversa la nascita di un nuovo Stato avviene nelle vie *di diritto*, senza che ci sia una frattura degli ordinamenti giuridici preesistenti, ciò può compiersi in due forme diverse: una che si può

denominare *per coesione* o *per aggregazione*, che si ha quando una pluralità di Stati esistenti si accordano per fondersi in un nuovo Stato, il quale nasce così dalla volontaria unione degli Stati componenti; e un'altra in senso inverso, che si può denominare *per disgregazione* o *per scissione*, quando uno Stato si fraziona volontariamente in una pluralità di Stati.

Anche lo Stato federale può trarre origine da uno di questi due procedimenti: e la storia offre cospicui esempî di entrambe le ipotesi. Si sono avuti Stati federali nati da un procedimento di scissione, per cui da un grande Stato unitario, troppo esteso per reggersi con un governo accentrato, si è arrivati a una forma di decentramento federale, nella quale una porzione della sovranità si è trasferita, discendendo dal centro, alle frazioni: e si sono avuti Stati federali nati viceversa da un procedimento di coesione, per il quale più Stati già indipendenti si sono accordati per spogliarsi ciascuno di una porzione della propria sovranità e trasferirla, facendola risalire dal basso verso l'alto, in un Superstato che tutti li ricolleghi, come si vede in maniera tipica nella formazione degli Stati Uniti d'America. Nel primo esempio si ha un decentramento di sovranità, discendente da un unico Stato unitario, nel quale in precedenza tutta la sovranità era concentrata; nel secondo esempio si ha un accentramento di sovranità, risalente dai singoli Stati sino a formare al disopra di essi un nuovo Stato federale, che tutti li racchiuda.

Questo ultimo è l'unico modo di formazione pacifica di uno Stato federale che in questo momento possa apparire possibile in Europa: e quindi la nostra presente indagine sarà limitata a studiare i modi pratici per attuare nelle vie del diritto questa ipotesi.

IV. — *L'assemblea costituente europea.*

Sembra ormai fuori discussione (anche perchè questo è ormai uno dei caposaldi su cui si sono trovate d'accordo le varie correnti federalistiche, che in questi ultimi anni si sono manifestate in Europa) che l'organo indispensabile per fondare gli Stati Uniti d'Europa non possa essere che un'*assemblea costituente europea*, formata dai rappresentanti dei diversi popoli aderenti all'idea della Federazione e legittimata dagli Stati a redigere la carta costituzionale del nuovo Stato federale. Che la Federazione europea non possa nascere altro che dalla solenne deliberazione di un'assemblea di popoli appositamente convocata, e non da un accordo di governi, questa è ormai un'idea corrente, che è stata riaffermata nella maniera più categorica nel recente Congresso di Interlaken: anche nel « Piano » elaborato

ad Interlaken è dichiarato (n. 2) che « la convocazione di un'assemblea europea è il punto di partenza necessario della costituzione di una Federazione europea »; tra le richieste contenute nella risoluzione votata in quel congresso, la prima è quella « convocazione prima del 31 marzo 1949 di un'assemblea europea i cui membri saranno scelti dai Parlamenti delle nazioni partecipanti ecc. ».

Partendo da questa premessa, si tratta ora di risolvere un problema di procedura costituzionale che finora non è stato messo in piena luce: stabilire le forme e i procedimenti per arrivare a convocare, *servendosi dei mezzi giuridici esistenti*, questa Assemblea costituente europea, in modo da raggiungere questo doppio scopo: da una parte che essa sia una vera assemblea *costituente*, cioè legittimata a deliberare il testo della costituzione federale europea con efficacia in certo senso vincolante (si vedrà in quale misura) nei confronti dei singoli Stati; dall'altra, che questi poteri le siano conferiti in maniera che appaia conforme alle esigenze dei varî ordinamenti giuridici dei singoli Stati, cioè in armonia con essi e non in contrasto. Se questa assemblea europea dovesse essere soltanto una accademia riunita per discutere a scopo di studio problemi tecnici, o anche un congresso politico adunato per esprimere speranze e incitamenti, la convocazione di tale assemblea non presenterebbe difficoltà: il recente congresso di Interlaken è già stato un primo felice esperimento di una assemblea europea operante sul piano politico ed ufficioso, ma assolutamente sprovvista di poteri ufficiali sul piano giuridico. Il problema è invece ora quello di convocare una assemblea europea che sia legittimata a lavorare con efficacia *giuridica* per la costituzione federale europea, cioè investita per tale scopo di poteri tali che abbiano la prima fonte nella volontà collettiva degli Stati aderenti.

Giova subito avvertire che, per facilitare praticamente la soluzione di questo problema, si dovrà stabilire che i poteri deliberativi di questa costituente europea siano limitati alla redazione del testo della costituzione federale, la cui entrata in vigore dovrà essere condizionata alla successiva e separata approvazione di ciascuno Stato aderente. Tra il fare di questa assemblea una specie di accademia di studio incaricata soltanto di elaborare conclusioni scientifiche che possano poi servire di base a discussioni e a rielaborazioni pratiche nei Parlamenti dei singoli Stati, e il fare viceversa di essa un organo costituente sovrano, avente il potere non solo di redigere la costituzione federale ma anche di imporne l'osservanza ai singoli Stati (i quali non potrebbero non essere restii a firmare in bianco la fine della loro indipendenza), si potrà trovare una via intermedia, la quale potrà essere questa: che all'assemblea europea sia conferito il potere di redigere il testo definitivo della costituzione europea, ma non quello di met-

terlo in vigore nei confronti degli Stati aderenti, ai quali, in sede di successiva approvazione, dovrà essere lasciato il potere di accettarlo o di respingerlo in blocco, ma non il potere di ridiscuterlo o di introdurvi modificazioni. In questo modo il testo di costituzione deliberato dall'assemblea costituente rappresenterà un punto fermo, che non ammetterà variazioni; ma d'altra parte gli Stati potranno tranquillamente aderire alla convocazione dell'assemblea europea, perchè avranno la certezza che, col dare tale adesione, non si impegneranno ad accettare la costituzione che l'assemblea redigerà, e potranno sempre, col non accettarla, astenersi, nel momento decisivo, dall'entrare a far parte della Federazione.

V. — *Assemblea non di Stati, ma di popoli.*

La difficoltà pratica di convocare un'assemblea europea che sia giuridicamente legittimata a deliberare la costituzione federale deriva soprattutto da questa considerazione: che l'assemblea europea, se dovrà elaborare una costituzione federale fondata sul principio democratico della maggioranza e accettabile da tutti i Paesi che nei loro ordinamenti interni si ispirino a questo principio, dovrà essere, come è stato detto con frase politicamente espressiva, anche se giuridicamente non del tutto precisa, una assemblea *non di Stati, ma di popoli.* Guardiamo di chiarire il significato giuridico di questa formula, che ha grande importanza anche per la scelta della procedura di convocazione.

Fino a che si rimane nel campo del diritto internazionale, ogni Stato sovrano, qualunque sia la sua estensione territoriale e il numero dei suoi abitanti, è un soggetto di diritto, è una « persona » che conta per uno: sicchè se l'assemblea europea si dovesse considerare come una riunione di Stati, ne verrebbe di conseguenza che tutti gli Stati, essendo persone dotate di sovranità giuridicamente uguale a quella di ogni altro, dovrebbero essere rappresentati nelle assemblee da un solo rappresentante o da una delegazione composta da un numero uguale di rappresentanti; e che la rappresentanza di ogni Stato, anche se composta di più delegati, non potrebbe avere che un voto, perchè ogni Stato non può avere che una sola volontà, nè in principio dovrebbe essere ammissibile che il voto di uno Stato sovrano valga meno di quello di un altro (si ricordi che anche nel congresso della prima Confederazione americana del 1777 ogni Stato, nelle questioni più importanti, aveva un solo voto). D'altro lato, poichè uno Stato sovrano non può essere vincolato, contro la sua volontà, dalla volontà di altri

Stati, ne verrebbe di conseguenza che in questa assemblea di Stati sovrani non potrebbe funzionare in pieno il principio della maggioranza, e potrebbe invece funzionare, direttamente o indirettamente (come nella Lega delle Nazioni o nell'O.N.U.), il principio tradizionale della unanimità.

Per arrivare alla creazione, al disopra degli Stati singoli, di un Superstato federale che abbia una sovranità superiore a quella dei singoli Stati, bisogna dunque, prima di tutto, che sia infranto questo involucro giuridico entro il quale ogni Stato nel campo del diritto internazionale figura essere equivalente agli altri, senza che traspaiano al di fuori le interne diversità di popolazione; e che si stabilisca una diretta partecipazione dei cittadini dei singoli Stati alla formazione e alla vita dello Stato federale, nel quale essi, pur conservando la cittadinanza del loro Stato originario, dovranno però conseguire una comune cittadinanza federale, e partecipare *direttamente,* secondo le regole del sistema democratico basato sul suffragio universale e sul principio di maggioranza, al governo federale. Anche queste sono ormai nozioni elementari, risapute da ogni federalista: ma se questo è il carattere essenziale dello Stato federale, nel quale l'involucro costituzionale di ciascuno degli Stati componenti è aperto in modo da lasciare ai proprî cittadini il varco per partecipare direttamente alla vita politica dello Stato federale, *senza passare attraverso gli organi dello Stato nazionale,* è necessario che questo diretto contatto operi già nella formazione dell'assemblea costituente, nella quale la rappresentanza di ciascun Paese dovrà essere costituita in modo da corrispondere, secondo una certa proporzione, al numero dei suoi abitanti, sicchè l'assemblea appaia composta da rappresentanti non degli Stati ma dei popoli, e le votazioni avvengano, secondo il principio di maggioranza, per teste e non per delegazioni di Stati. In altre parole, i componenti di questa assemblea, anche se nominati dai singoli Stati, dovranno già considerarsi come componenti di quell'unico corpo elettorale federale, formato da tutti i popoli aderenti alla Federazione, che solo potrà deliberare nelle forme democratiche la propria costituzione comune. Questo significa che al momento in cui si adunerà l'assemblea europea, il principio tradizionale della uguaglianza giuridica di tutti gli Stati sovrani dovrà essere (sia pur soltanto provvisoriamente) già superato, in quanto nell'assemblea ciascun Stato non avrà una rappresentanza e un diritto di voto uguali a quelli di ogni altro, ma li avrà proporzionali al numero dei suoi abitanti; dovrà già essere superato il principio della sovranità e indipendenza degli Stati, in quanto l'applicazione del principio di una maggioranza porterà a che nell'assemblea le delegazioni rimaste in minoranza saranno tenute ad accettare la

deliberazione della maggioranza: e dovrà essere superata addirittura l'idea che in questa assemblea siano rappresentati Stati, perchè ognuno dei delegati componenti di essa voterà senza alcun mandato imperativo del proprio Stato nazionale, senza obbligo di mettersi d'accordo colle delegazioni nazionali di cui fa parte, ma unicamente ispirandosi alla sua coscienza di cittadino del nascente Stato federale, che sta per tradursi in realtà giuridica nella costituzione. Questa assemblea europea non sarà, dunque, una conferenza di Stati che con proprî rappresentanti trattino da pari a pari secondo le regole del diritto internazionale, ma sarà già come la provvisoria anticipazione di un Parlamento di rappresentanti di un comune diritto costituzionale in via di formazione tra loro. Il parziale dissolvimento della sovranità di ogni Stato in quella di uno Stato superiore sarà, nel funzionamento di questa assemblea, già di fatto avvenuto, poichè in questa assemblea degli Stati non opererà più in quel modo in cui opera di solito nei rapporti internazionali: sarà già avvenuta nelle pareti costituzionali di ciascuno Stato la frattura attraverso la quale i cittadini si saranno liberati (sia pure ai limitati effetti di questa assemblea) dall'involucro nazionale e si saranno ritrovati cittadini europei della Federazione nascente.

Tutto questo bisognava ricordare qui perchè, nello studiare il procedimento preliminare che deve portare alla convocazione dell'assemblea costituente europea, non si può trascurare che è proprio nel corso di questo procedimento che viene a incidere, sia pure in maniera provvisoria e preliminare, e per così dire ipotetica, questo passaggio dei cittadini dal campo nazionale a quello federale, e questo spostamento della rappresentanza dagli Stati che contano per uno, ai popoli che votano in proporzione al numero dei cittadini. Il momento psicologico più delicato del cammino che si deve percorrere per arrivare alla nascita dello Stato federale è quello in cui gli Stati componenti si dichiarano disposti a entrare in trattative per rinunciare a una parte della loro sovranità; ora si deve notare che questo momento psicologico si verifica, ancor prima che la rinuncia avvenga in maniera definitiva, proprio nella fase che precede e prepara la convocazione dell'assemblea europea, perchè è in questa fase che ogni Stato, in quanto accetti di parteciparvi non con rappresentanti del *suo governo*, ma con rappresentanti del *suo popolo*, nominati in numero proporzionale e votanti per teste e non per delegazione, accetta con questo il principio federalista, secondo il quale l'attività politica dei cittadini degli Stati componenti si esplica direttamente fuori dell'ambito dell'ordinamento nazionale, *senza passare attraverso quegli organi parlamentari e governativi che erano considerati finora come l'unica legittima espressione della volontà popolare.*

VI. — *L'assemblea europea, organo internazionale.*

Queste considerazioni, spinte alle loro estreme conseguenze logiche, porterebbero a concludere che, se i componenti dell'assemblea europea dovranno deliberare come rappresentanti dei popoli e non degli Stati (nel senso sopra chiarito), l'unico modo concepibile di nomina di questi rappresentanti dovrebb'essere quello della *elezione popolare a suffragio universale.* Ma ragioni di carattere pratico consigliano di affidare questa nomina ai Parlamenti. In proposito anche nel «Piano» di Interlaken si osserva che « la miglior maniera di riunire una tale assemblea consisterebbe nell'eleggerla con suffragio universale. Ma se si volesse introdurre fin d'ora una tale misura ne seguirebbe un ritardo intollerabile nella riunione dell'assemblea, in ragione della diversità dei sistemi di suffragio in vigore nei differenti paesi. Il solo metodo pratico è quello di fare appello alle assemblee legislative esistenti come corpo elettorale. Nei paesi in cui il sistema legislativo comporta due Camere elette a suffragio elettorale, la delegazione dovrebbe essere accreditata dalle due Camere; se non c'è che una sola Camera, essa accrediterebbe la delegazione ».

E' inutile dissimulare la intima contraddizione che vizia questo ragionamento. Se i componenti dell'assemblea europea debbono essere i rappresentanti dei popoli direttamente deliberanti la costituzione di un nuovo Stato federale, sembra evidente che alla nomina di tali rappresentanti non possano essere competenti gli organi parlamentari dei singoli Stati nazionali, i cui poteri, derivanti a loro volta da un mandato popolare, non potrebbero essere esercitati che nell'ambito della costituzione nazionale, e per gli scopi da essa previsti. Affinchè un Parlamento o un governo di uno Stato nazionale potesse nominare validamente i rappresentanti del popolo incaricati di deliberare la costituzione di un nuovo Stato federale, bisognerebbe che i componenti di questo Parlamento, al momento della loro elezione, avessero avuto dagli elettori, espressamente o implicitamente, il potere di deliberare tale costituzione, o di delegarlo ad altri. Ma ove questo non sia avvenuto, non si capisce come possa giuridicamente un Parlamento nazionale, che è stato nominato per esercitare i suoi poteri nello Stato nazionale e non per cooperare a dar vita all'infuori di esso a un nuovo Stato europeo, nominare validamente rappresentanti all'assemblea europea e trasferire ad essi un potere che il Parlamento nazionale non ha.

Questa difficoltà si potrà tuttavia superare, come in seguito si dirà, attraverso una sanatoria ottenuta per mezzo di approvazione successiva data nelle più solenni forme costituzionali; con questa riserva, il suggerimento contenuto nel « Piano » di Interlaken (che i componenti dell'assemblea europea siano eletti dai Parlamenti dei singoli Stati,

funzionanti quasi come organi elettorali di secondo grado del proprio popolo), sembra, tra tutti i sistemi escogitabili, come il più pratico.

Si deve anche aggiungere che sotto l'aspetto giuridico questa assemblea europea, che non è una conferenza di Stati ma già l'espressione di una comunità internazionale, ha già qualche precedente nei cosiddetti « organi internazionali » creati dagli accordi degli Stati; quando si dice che l'assemblea europea sarà una assemblea di popoli e non di Stati, si vuol dire, in realtà, se si vuole seguire un linguaggio giuridico più appropriato, che questa assemblea sarà anch'essa non una conferenza di Stati, ma « un organo internazionale », con poteri più vasti, ma della stessa natura e della stessa struttura degli altri organi internazionali già esistenti.

VII. — *La conferenza preliminare dei governi.*

Cerchiamo di ricostruire ora, immaginandole nella loro successione cronologica, le tappe attraverso le quali dovrebbe passare il procedimento di convocazione di questa assemblea europea.

Naturalmente occorrerà che qualcuno prenda l'iniziativa: e questa iniziativa non può partire che da uno Stato il quale, essendo disposto a far parte della costituenda Federazione europea, si rivolga ad altri Stati per invitarli ad aderire a questa iniziativa. Il sorgere di siffatta iniziativa è una condizione di *fatto*, di carattere storico politico: in sostanza questa condizione si è già verificata attraverso l'invito rivolto recentemente dal governo francese agli Stati firmatarî del trattato di Bruxelles, e, qualora questo passo dovesse rimanere senza esito, qualcosa di simile potrebbe esser nuovamente tentato da altri Stati; si capisce che l'organo dal quale l'iniziativa dovrebbe concretamente partire sarebbe il governo, cioè l'organo che rappresenta lo Stato nei rapporti internazionali, il quale potrebbe agire in tale senso o perchè fosse già consapevole di avere in Parlamento una maggioranza favorevole a tale iniziativa, o perchè fosse stato stimolato a prenderla da una mozione votata dal Parlamento (da una di quelle mozioni che a Interlaken i gruppi parlamentari si impegnarono a presentare in tal senso ai proprî Parlamenti). L'invito dovrebbe, per prima cosa, suggerire una conferenza preliminare dei rappresentanti dei governi aderenti, per consultarsi sui passi da compiere d'accordo per addivenire alla convocazione dell'assemblea europea.

Ma qui bisogna subito avvertire che anche se in questa conferenza preliminare tutti i governi aderenti si trovassero d'accordo sulla opportunità di addivenire alla convocazione dell'assemblea europea, e di assumere tutti insieme la veste di *Stati invitanti* a tale assemblea, non

basterebbe che essi si accordassero genericamente sulla designazione degli altri Stati a cui l'invito dovesse essere diretto, nonchè sul tempo e sul luogo di convocazione dell'assemblea suddetta; perchè prima di addivenire alla convocazione sarebbe indispensabile stabilire alcuni principî generali sul modo di formazione di questa assemblea, sulla nomina dei suoi componenti e sui suoi compiti. Si tratterebbe, insomma, prima di tutto, di accordarsi su quel minimo indispensabile di norme organizzative dell'assemblea, che si potrebbero chiamare lo *statuto dell'assemblea costituente europea;* le quali devono necessariamente, se l'assemblea deve nascere in forma legale, preesistere all'assemblea che dovrà formarsi in conformità di esse. Un problema analogo si è presentato tutte le volte che, in seguito a un rivolgimento politico nell'interno di uno Stato, è stata convocata una costituente popolare per deliberare la nuova costituzione: in tutti questi casi è necessariamente accaduto (e accadde anche in Italia prima della convocazione dell'assemblea costituente nel giugno 1946) che si sia formato un *governo provvisorio precostituente* per approvare se non altro la legge elettorale dell'assemblea costituente e le formalità preliminari da seguire per la sua convocazione.

Ma per arrivare alla convocazione della costituente europea non esiste già formato un governo provvisorio europeo, che funzioni da organo *precostituente*. Bisogna, dunque, quest'organo, crearlo: e questo organo non può essere altro che la conferenza preliminare dei governi di cui finora si è parlato, la quale dovrebbe immediatamente elaborare un piano di convocazione dell'assemblea europea, contenente i principî fondamentali sulla sua composizione, sulla sua elezione e sui suoi compiti. La formazione e l'approvazione di questo statuto organizzativo dell'assemblea europea sarà il punto più delicato e più importante di tutto il procedimento.

VIII. — *Unione provvisoria degli Stati per deliberare lo statuto dell'assemblea costituente europea.*

La preparazione di questo piano dovrà avvenire in un primo momento attraverso i procedimenti tradizionali con cui si concludono gli accordi internazionali tra Stati: si tratterà, come si è detto, di una conferenza di governi, in cui necessariamente ciascuno Stato sarà rappresentato dal proprio ministro degli esteri o da un suo delegato, in cui ciascuno Stato avrà un voto e l'accordo non potrà essere raggiunto che all'unanimità. Per preparare il passaggio dalla sovranità piena degli Stati aderenti a quella dell'assemblea europea in cui i rappresentanti dei popoli concorreranno all'instaurazione di una nuova sovra-

nità, occorrerà che ciascuno Stato esprima la sua volontà attraverso gli organi già costituiti, nelle forme volute dal diritto costituzionale interno e dal diritto internazionale. Si vede qui che, se il passaggio da una pluralità di Stati indipendenti e sovrani all'unico Stato federale deve avvenire *senza soluzioni di continuità giuridica,* bisogna che la rinuncia alla piena sovranità sia deliberata da ciascuno Stato nella pienezza della sua propria sovranità e attraverso gli organi in cui secondo la sua costituzione la sua sovranità si esprime. Occorrerà insomma, prima di tutto, tra gli Stati intervenuti in questa conferenza preliminare, *la stipulazione di un vero e proprio trattato, avente per oggetto l'approvazione dello statuto della costituzione europea.*

In sostanza, per arrivare alla convocazione della costituente europea come « organo internazionale » deliberante secondo il principio di maggioranza, bisogna che si svolga nei suoi essenziali momenti giuridici un procedimento analogo a quello da cui vennero fuori gli Stati Uniti d'America; i quali, in un primo momento, furono solo una unione di Stati sovrani associati per il raggiungimento di scopi comuni, e quando, attraverso la esperienza non favorevole di questa unione, si trovarono d'accordo sulla necessità di trasformare l'unione in una federazione, la deliberazione di addivenire a questa seconda fase fu approvata da ciascuno di essi nel pieno esercizio della propria sovranità.

Anche per addivenire alla formazione degli Stati Uniti di Europa bisogna dunque in un primo stadio cominciare da una specie di unione provvisoria di Stati creata per trattato, al solo scopo di deliberare il passaggio alla fase federale, e di creare l'organo competente ad attuare in concreto questo passaggio. Quello che negli Stati Uniti d'America avvenne in dieci anni, in Europa potrà avvenire in pochi mesi; ma è indispensabile che questo passaggio vi sia, sia pure embrionale e concentrato, perchè la convocazione di un'assemblea di popoli, deliberante secondo il principio di maggioranza, presuppone (se non si vuole realizzare in forme rivoluzionarie) un trattato tra Stati concluso secondo il principio di unanimità.

L'affidare la redazione dello statuto della costituente europea a questa conferenza preliminare di governi di cui si è parlato, sembra che sia (specialmente se alla conferenza preliminare saranno invitati tutti gli Stati europei e non un numero ristretto) il sistema più semplice e più sbrigativo: se si volesse seguire invece il sistema più complicato, proposto dal « Comitato internazionale di coordinamento dei movimenti per l'Europa unita », di far redigere lo statuto della costituente europea da una « Conference preparatoire » di rappresentanti dei cinque Paesi firmatarî del patto di Bruxelles, nominati dai Parlamenti in numero proporzionale alla popolazione di ciascuno dei cinque Stati, allora bisognerebbe far precedere questa conferenza preparato-

ria di rappresentanti dei popoli, da un trattato ancor più preliminare fra gli Stati per fissare lo statuto di questa conferenza preparatoria; e sarebbe un giro vizioso che non terminerebbe mai.

IX. — *Quale dovrebbe essere il contenuto di questo « Statuto della costituente europea » su cui dovrebbero mettersi preliminarmente d'accordo mediante un trattato i rappresentanti dei governi aderenti all'idea della Federazione europea?*

Avvertiamo innanzi tutto che questo trattato dovrebbe essere sottoposto, per essere operativo, alla ratifica dei rispettivi Parlamenti (in quanto questa fosse richiesta dagli ordinamenti interni): i rappresentanti dei Governi dovrebbero pertanto limitarsi ad accordarsi sul testo di una « risoluzione » comune, coll'impegno di sottoporla entro un breve termine alla ratifica parlamentare.

La « risoluzione » alla quale potrebbero essere invitati a dare la loro adesione non soltanto gli Stati intervenuti in questa conferenza preliminare, ma altresì tutti quegli altri ai quali in questa conferenza si fosse deliberato di estendere l'invito, dovrebbe contenere i punti seguenti:

a) l'adesione alla proposta di convocare entro un termine prestabilito e in una determinata sede un'assemblea europea, avente l'ufficio di redigere il testo della Costituzione degli Stati Uniti d'Europa, da sottoporre all'approvazione dei singoli Stati;

b) il numero dei componenti l'assemblea e la ripartizione di essi tra i varî Paesi;

c) l'accettazione del principio che a formare questa assemblea debbano partecipare delegati di ogni Paese aderente in numero proporzionale al numero degli abitanti (ma qui, per evitare che i piccoli Stati rimangano schiacciati sotto la prevalenza numerica dei grandi Stati, si potrebbero adottare opportuni temperamenti del rigido principio proporzionale; si potrebbe adottare ad esempio il criterio suggerito dal piano di Interlaken: « due delegati per milione di abitanti: senza che la cifra totale possa essere inferiore a sei o superiore a quaranta »);

d) l'accettazione del principio di maggioranza come criterio per la validità delle deliberazioni dell'assemblea europea;

e) l'accettazione del principio che nell'assemblea le votazioni avvengano per testa e non per delegazione;

f) l'impegno di ciascun Stato aderente di procedere subito alla designazione dei proprî delegati all'assemblea europea nel numero stabilito, facendoli nominare dalle proprie assemblee legislative funzionanti come corpo elettorale di secondo grado;

g) l'impegno di cooperare con gli altri Stati aderenti alla organizzazione pratica dell'assemblea europea, stanziando i fondi occorrenti per partecipare alle spese, in proporzione del numero dei rappresentanti inviati.

Questi dovrebbero essere i punti essenziali della risoluzione: a chiarimento della quale si può aggiungere che in quanto al modo di nomina dei delegati di ogni Paese, sembrerebbe opportuno, invece di stabilire nella risoluzione modalità più precise, lasciare che queste fossero stabilite da ciascun Paese in conformità delle proprie leggi (così, ad esempio, dovrebbe essere rilasciato ad ogni Paese stabilire se i propri delegati dovessero essere nominati tra i membri del Parlamento, ovvero anche fuori di esso, ed in tal caso in quali categorie di persone specificamente qualificate per competenza). Potrebbe però essere opportuno stabilire che le delegazioni di ogni Stato dovessero essere elette in modo da garantire anche la rappresentanza delle minoranze.

Nella stessa risoluzione dovrebbe essere stabilito, come più avanti si spiegherà, che il trattato per la convocazione dell'assemblea europea dovesse entrare in vigore *automaticamente* quando fosse stato ratificato da un numero minimo di Stati.

X. — *Ratifica del trattato per la convocazione della costituente europea.*

Non v'ha dubbio che, data la natura degli impegni contenuti in questa risoluzione, essa non potrebbe diventare impegnativa per gli Stati aderenti se non dopo che essa fosse stata ratificata dagli organi legislativi; anche per la costituzione italiana (art. 60) questo sarebbe tipicamente un caso in cui sarebbe indispensabile per la ratifica l'autorizzazione delle Camere, trattandosi di un accordo vòlto a preparare qualcosa di più di un cambiamento di territorio.

Ma qui potrebbe sorgere, fin da questo momento, una questione, se cioè a dar carattere impegnativo a questa risoluzione potesse esser sufficiente la ratifica mediante legge ordinaria, o se non fosse necessario, negli Stati a costituzione rigida, in cui la costituzione non può essere modificata se non attraverso speciali provvedimenti più solenni e più complicati, l'adozione delle forme prescritte appunto per i cambiamenti di costituzione. E si potrebbe anche sostenere che, trattan-

dosi qui non soltanto di modificare la costituzione ma addirittura di cambiare la forma dello Stato e di rinunciare ad una parte della sua sovranità, neanche il procedimento di revisione costituzionale sarebbe sufficiente, e sarebbe in ogni caso indispensabile una consultazione diretta del popolo.

A questa obiezione si può intanto rispondere che nelle costituzioni di alcuni Stati le modificazioni della forma costituzionale dello Stato, occorrenti per entrare a far parte di una Federazione di Stati sono previste e già preventivamente consentite: come nell'art. 11 della costituzione italiana, in cui è detto che « l'Italia consente in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni ».

Ma l'argomento più efficace per superare in ogni caso questi dubbî costituzionali sarebbe quest'altro: che l'adesione alla costituzione dell'assemblea costituente ha uno scopo soltanto preparatorio, che non menoma in maniera definitiva la sovranità degli Stati aderenti. Anche quando l'assemblea europea avrà deliberato la costituzione federale, questa non entrerà immediatamente in vigore, ma dovrà essere sottoposta, come già si è detto, alla accettazione dei singoli Stati; e sarà in quel momento e non prima, che dovranno intervenire le forme deliberative più solenni, previste dalle costituzioni dei singoli Stati per le variazioni costituzionali, e magari il *referendum* popolare (se questo sarà richiesto dalla stessa costituzione federale).

Nello stesso modo si potrebbe rispondere a chi obiettasse che la nomina dei delegati all'assemblea europea non può essere affidata ai Parlamenti degli Stati perchè questi non possono delegare (per le ragioni che già si sono rilevate) poteri che essi stessi non hanno; anche qui, infatti, si può rispondere che questi delegati sono nominati non per approvare l'entrata in vigore della costituzione federale, ma soltanto per cooperare alla formazione di un organo internazionale, incaricato di prepararne il testo e di presentarlo ai singoli Stati; ai quali rimarrà riservato, impregiudicato e intatto, il potere sovrano di approvarla o di respingerla.

XI. — *La convocazione automatica dell'assemblea.*

Rimane da chiarire un ultimo punto di carattere pratico: come cioè, in seguito alla ratifica del trattato da parte degli Stati aderenti, si possa praticamente passare alla convocazione dell'assemblea europea. E' prevedibile che le ratifiche dei Parlamenti non saranno date contemporaneamente; ma che si succederanno nel tempo con qualche intervallo l'una dall'altra, secondo la diversa situazione politica esi-

stente nei varî Paesi. In tal caso si può domandare se sarà indispensabile attendere, prima di poter convocare l'assemblea europea, che la risoluzione sia stata ratificata dai Parlamenti di tutti gli Stati aderenti alla conferenza preliminare, o se la convocazione dell'assemblea europea potrà avvenire non appena l'approvazione sia stata data almeno da un certo numero prestabilito di Stati.

Riteniamo che questa ultima sia la soluzione preferibile: e che si possa adottare in proposito il meccanismo giuridico suggerito a Interlaken dalla delegazione italiana, la quale aveva proposto che quando la risoluzione per la convocazione della assemblea europea avesse ricevuto l'approvazione di almeno sei Stati (tra quelli che avevano partecipato alla conferenza preliminare degli Stati invitanti, ovvero anche tra quelli a cui l'invito fosse stato esteso per deliberazione di questa conferenza) si fosse con questo verificata *automaticamente* la condizione necessaria e sufficiente per la convocazione della assemblea europea, e che questa dovesse senz'altro adunarsi e iniziare i suoi lavori, colla partecipazione dei delegati dei sei Stati approvanti e di tutti quegli altri Stati la cui approvazione fosse sopraggiunta prima dell'inizio dei lavori dell'assemblea.

XII. — *Il Comitato esecutivo.*

Un ultimo punto pratico da chiarire è questo: che quando la prevista condizione si sia verificata, occorrerà, per provvedere alla organizzazione pratica e alla convocazione dell'assemblea in conformità dello statuto entrato in vigore, l'opera di un organo esecutivo. Esso potrà essere costituito, con un rappresentante per ognuno dei governi aderenti alla conferenza preliminare, fino dal momento in cui gli stessi governi si saranno accordati sul testo della risoluzione da sottoporre alla ratifica dei rispettivi Parlamenti. Si avrà così a disposizione un Comitato esecutivo permanente, pronto alla convocazione dell'assemblea appena le condizioni minime per addivenire ad essa si saranno verificate; ad esso sarà demandata, nella fase preparatoria, l'organizzazione dei lavori dell'assemblea e l'amministrazione dei fondi. (Si intende che le funzioni di questo Comitato cesseranno appena l'assemblea europea si sarà insediata).

XIII. — *L'entrata in vigore automatica della costituzione.*

Uscirebbe dai compiti di questa relazione ogni considerazione attinente allo svolgimento dei lavori dell'assemblea europea ed alla

estensione dei suoi compiti: su questo, nei limiti prestabiliti dallo statuto approvato dai varî Stati partecipanti, la stessa assemblea europea stabilirà, come ogni assemblea sovrana, il proprio regolamento.

C'è pero da avvertire, tanto per menzionare anche l'ultima necessaria tappa del procedimento attraverso il quale nasceranno gli Stati Uniti d'Europa, che la stessa clausola di entrata in vigore automatica che si è proposta per la convocazione dell'assemblea, potrà (come anche fu suggerito dalla delegazione italiana a Interlaken) essere ugualmente adottata per la entrata in vigore della costituzione federale deliberata dall'assemblea.

Già si è detto che l'adesione e la partecipazione all'assemblea europea non può bastare a render vincolativa per gli Stati aderenti la costituzione federale; e che questa dovrà essere sottoposta all'approvazione di ciascuno Stato, non solo nelle forme più solenni, che possono esser richieste per le modificazioni costituzionali, ma altresì mediante diretta consultazione popolare (ove questa modalità sia stabilita nel testo stesso della costituzione federale). Ora, poichè potrà darsi che l'approvazione da parte dei singoli Stati avvenga in tempi diversi, si potrà stabilire (e forse anche di ciò sarebbe opportuno far menzione nella risoluzione preliminare approvata per trattato) che quando il testo della costituzione federale sarà stato approvato almeno da un certo numero di Stati (per esempio sei), la costituzione entri senz'altro in vigore per essi e tra essi sia senz'altro costituito come Stato federale sovrano il primo nucleo degli Stati Uniti d'Europa.

PROPOSTA DI MOZIONE CONCLUSIVA

Il II Congresso Internazionale dell'Unione Europea dei Federalisti:

premesso *che per arrivare senza soluzione di continuità giuridica alla pacifica fondazione degli Stati Uniti d'Europa sia condizione indispensabile la convocazione di una Assemblea Costituente Europea, formata e funzionante secondo i principî democratici e legittimamente investita del potere di deliberare il testo della costituzione federale, da sottoporre alla approvazione dei singoli Stati nazionali;*

premesso *che per dare a questa Assemblea Costituente il carattere legittimo di un organo internazionale, in cui siano rappresentati non più gli Stati ma i popoli, occorre che il passaggio dagli ordinamenti nazionali a quello federale avvenga col rispetto delle regole stabilite dalle costituzioni dei singoli Stati aderenti;*

suggerisce *come opportuno il seguente procedimento*:

a) *per iniziativa di uno Stato o di un gruppo di Stati sarà convocata tra tutti gli Stati democratici europei una conferenza prelimi-*

nare dei rappresentanti dei governi per accordarsi sullo statuto dell'Assemblea Costituente Europea e farne oggetto di un trattato internazionale da sottoporre alla ratifica dei rispettivi Parlamenti;

b) *lo statuto dell'Assemblea Costituente Europea, la quale avrà il carattere non di una conferenza di Stati, ma di un organo internazionale composto di rappresentanti di popoli, dovrà regolare i seguenti punti: numero dei componenti l'assemblea; luogo e tempo della sua convocazione; criterio proporzionale della loro nomina, in modo che ogni Paese aderente abbia un numero di delegati proporzionale alla popolazione, ma con opportuni temperamenti per evitare la prevalenza schiacciante dei grandi Stati sui piccoli; accettazione del principio di maggioranza, e della votazione per testa e non per delegazione; impegno di ogni Stato di far eleggere entro un dato termine i propri delegati dalle proprie assemblee parlamentari; impegno di ogni Stato di cooperare all'organizzazione e alle spese dell'Assemblea Costituente Europea;*

c) *la conferenza preliminare dei governi, appena stipulato questo trattato (al quale saranno invitati ad aderire tutti gli Stati democratici europei, anche se non abbiano partecipato alla conferenza), istituirà un Comitato esecutivo permanente coll'ufficio di procedere alla convocazione dell'Assemblea Costituente Europea, non appena si saranno verificate le condizioni prestabilite a tale scopo;*

d) *l'Assemblea Costituente Europea dovrà essere convocata non appena lo statuto sarà stato ratificato almeno da sei Stati;*

e) *l'Assemblea Costituente Europea delibererà, secondo i principi democratici stabiliti nel suo statuto, il testo della costituzione federale europea;*

f) *il testo di costituzione federale redatto dall'Assemblea Costituente Europea sarà sottoposto all'approvazione dei singoli Stati (che potranno accettarlo o respingerlo, ma non modificarlo) nelle forme previste dalle costituzioni di ciascuno di essi, ed eventualmente in quelle stabilite nella stessa costituzione federale;*

g) *la costituzione federale entrerà in vigore non appena sarà stata approvata almeno da sei Stati.*

VIII

SULLA FUNZIONE DEL TRIBUNALE SUPREMO MILITARE IN RELAZIONE ALL'ART. 111 DELLA COSTITUZIONE (*)

L'art. 111 della Costituzione ha voluto innovare su quello che era il sistema stabilito dalla legge 31 marzo 1877 n. 3761 sui conflitti di attribuzione. Secondo questa legge si poteva sempre ricorrere alla Cassazione per far annullare le sentenze delle giurisdizioni speciali, ma soltanto « per incompetenza od eccesso di potere » (art. 3, n. 3°); invece secondo l'articolo 111 della Costituzione contro le sentenze pronunciate (si intende in ultima istanza) dagli organi giurisdizionali « ordinari o speciali » è sempre ammesso il ricorso in Cassazione per « violazione di legge ». Non mi par dubbio che la Costituzione abbia voluto così allargare il controllo della Cassazione sulle sentenze delle giurisdizioni speciali, nel senso che, mentre prima esse erano impugnabili solo in casi eccezionali, cioè per i vizi di incompetenza od eccesso di potere, senza controllo sulla decisione di diritto, oggi esse sono diventate impugnabili, come quelle dei giudici ordinari, *per error iuris in judicando*. Questo allargamento risulta in maniera indubitabile dall'art. 111: non solo perchè esso ha accomunato nella stessa disposizione le sentenze dei giudici ordinari e di quelli speciali; non solo perchè ha adoperato la frase « per violazione di legge » che è la frase tradizionale con la quale si indica il controllo sulla interpretazione giurisprudenziale della legge applicata *in judicando;* ma anche perchè, avendo l'art. 111 specificato nel suo ultimo comma che « contro

(*) [Queste pagine, scritte nel 1948, furono pubblicate per la prima volta in « Archivio di ricerche giuridiche », a. XV (1961), parte I, coll. 1-3, con la seguente nota redazionale:

« Il presente scritto, del compianto Maestro Piero Calamandrei, risulta assolutamente inedito e si pubblica qui per cortese concessione della Signora Ada Calamandrei. Esso è stato rintracciato fra le carte del prof. Ernesto Battaglini e consta di quattro cartelle dattiloscritte evidentemente copia, il cui originale è smarrito. La nostra rivista è lieta di ricordare con questo breve lavoro Colui dal quale noi tutti abbiamo appreso non solo la scienza del diritto, ma la sostanza stessa della nostra coscienza di giuristi »].

le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti il ricorso in Cassazione è ammesso per *soli motivi inerenti alla giurisdizione* », questo significa, *a contrario,* che per le sentenze di tutte le altre giurisdizioni speciali, compreso il Tribunale Supremo Militare, il ricorso in Cassazione è ammesso per tutti i motivi per i quali è ammesso contro le sentenze della giurisdizione ordinaria, e quindi anche *per error iuris in judicando,* secondo il normale significato della frase « violazione di legge ».

La Costituzione in questo modo ha voluto che la unificazione della interpretazione giurisprudenziale della legge sia affidata in tutta la Repubblica a un solo organo regolatore supremo che è la Corte di Cassazione, la quale sola può valutare i nessi che ricollegano il diritto penale militare al diritto penale comune, e mettere in armonia la interpretazione di questo coi supremi principi ispiratori di tutto l'ordinamento giuridico.

Se quello che si è detto finora è esatto, sembra inevitabile che nel riordinamento del Tribunale Supremo Militare, che è attualmente in corso in ossequio all'art. VI secondo comma delle disposizioni transitorie della Costituzione, lo stesso Tribunale Supremo Militare perda la ristretta funzione ch'esso ha attualmente di giudice supremo di sola legittimità. E la proposta contenuta nello «Schema preliminare » che dà al Tribunale Supremo Militare la funzione di una *revisio prioris instantiae in facto et in iure,* sembra la più idonea a mettere in armonia la giustizia militare col più penetrante controllo ordinario della Cassazione voluto dalla Costituzione.

Per conservare al T.S.M. la sua attuale struttura di organo supremo, giudice di sola legittimità, bisognerebbe mantenergli immutato l'ufficio che finora esso aveva di unificare in tutto lo Stato la interpretazione giurisprudenziale del diritto penale militare; ma quando invece, come si è visto, la Costituzione vuole che per tutti gli ordini di giurisdizione, ed anche per la giustizia militare, questo ufficio regolatore della interpretazione giurisprudenziale sia affidato esclusivamente alla Corte di Cassazione, non c'è più ragione di mantenere al T.S.M. quella struttura di giudice di pura legittimità che è giustificabile soltanto per quell'organo supremo posto al vertice dello Stato (qual'è attualmente la Corte di Cassazione), al quale tale ufficio regolatore è attribuito in maniera esclusiva.

Si consideri che sotto l'aspetto della giustizia del singolo caso concreto, la *quaestio facti* e la *quaestio iuris* hanno la stessa importanza; tanto l'errore di fatto quanto quello di diritto possono ugualmente essere causa di ingiustizia concreta: e quindi, nell'interesse della giustizia, è logico che in secondo grado sia aperto il rimedio contro tutte e due queste specie di *errores in judicando.* Attribuita la funzione (di

interesse generale) del controllo sull'interpretazione del diritto alla Corte di Cassazione, il T.S.M., per avere ragione d'essere, deve essere configurato come un supremo organo di revisione del merito, posto nell'interesse della giustizia *in concreto*: il quale interesse è ugualmente messo in pericolo dall'errore di diritto come dall'errore di fatto.

Con questo però non è necessario dare al T.S.M. la struttura e la composizione complicata e macchinosa che sarebbe necessaria se gli si volesse dare la funzione di un giudice d'appello *pieno*, dinanzi al quale potesse essere ammessa in certi casi la rinnovazione del dibattito con assunzione di nuove prove orali.

Com'è noto il giudizio di appello può assumere, ed ha assunto nelle varie legislazioni, due diversi tipi: può essere una rinnovazione del primo giudizio (*novum iudicium*) che consenta la riapertura dell'istruttoria; e può limitarsi a rendere possibile una critica della sentenza di primo grado, in base ai soli elementi di fatto raccolti e tenuti presenti dal primo giudice (*revisio prioris instantiae*).

Questa seconda forma di appello limitato permette un procedimento semplice e rapido: e non richiede un complicato apparato istruttorio, perchè esclude lo *ius novorum*, e riduce la funzione del giudice d'appello a un riesame critico, *in facto et in iure*, della sentenza di primo grado, al fine di garantire la giustizia concreta in tutti i suoi aspetti.

Dando al T.S.M., come « lo Schema preliminare » propone, questa funzione di giudice di secondo grado competente a riesaminare nel merito la sentenza del primo giudice, si attuerà anche nella giustizia militare quel principio del *doppio grado* di giurisdizione *in iure* ed *in facto* che anche in penale appare sempre più come una esigenza elementare di giustizia (e che non dubitiamo dovrà essere attuato anche nella necessaria riforma delle Corti di Assise). Al di sopra del doppio grado *in iure* e *in facto* (nel quale il T.S.M. avrà la funzione di una suprema corte di revisione, competente a riesaminare nel merito le sentenze di primo grado di tutti i giudici militari), la Corte di Cassazione eserciterà sulle sentenze di secondo grado del T.S.M. il controllo *in iure*, indirizzato alla diversa finalità della uniforme interpretazione giurisprudenziale; così anche la giustizia militare si uniformerà al sistema vigente in tutti gli altri rami della giustizia, che è quello del doppio grado di merito, integrato al vertice dal controllo di mero diritto della Cassazione.

Se si volesse conservare al T.S.M. la funzione di mera legittimità, si avrebbe così la singolarissima novità di un primo grado di merito, seguito da un doppio grado *in iure*. Il T.S.M. non sarebbe così che un duplicato o una anticipazione del giudizio di legalità affidato alla Corte di Cassazione; *in tal caso meglio varrebbe abolirlo*.

IX

DISEGNO PRELIMINARE DI COSTITUZIONE MONDIALE: PRESENTAZIONE AI LETTORI ITALIANI (*)

I

A questo Disegno di Costituzione Mondiale, se la serietà di preparazione che è impressa in ogni suo articolo e il calore di fede che vi si sente circolare dentro sforzerà anche gli scettici al rispetto, non sarà risparmiato, per bocca dei politici « realistici », il titolo, cortese ma scoraggiante, di « generosa utopia ».

Generosa utopia, sentiremo dire, non tanto per il fine al quale tende, quanto per i mezzi che propone. Oggi i negatori del federalismo (del federalismo europeo, del quale finora in Italia si è parlato di preferenza; e, *a fortiori*, del federalismo mondiale) non osano disconoscere che il fine lontano, verso il quale il genere umano tende nella sua faticosa ascensione attraverso i millennî, sia la federazione universale; e che solo in questa unificazione politica di tutti i popoli il mondo potrà trovare finalmente la pace. Il moto della storia che, come i cerchi sull'acqua, si diffonde in aggregazioni di civiltà sempre più vaste, ha assunto in questi ultimi decennî, per le invenzioni che hanno abolito le distanze e tolto alla lontananza ogni efficacia protettiva, un ritmo precipitoso. Oggi l'Europa, per quanto politicamente disunita, è più piccola di quanto fosse un secolo fa l'Italia, o mille anni fa la Toscana. Il mondo si è contratto sotto i nostri occhi fino ad apparire veramente, anche negli orari delle linee di comunicazione, una piccola aiuola: e quando in qualche parte di esso scoppia

---

(*) [E' la « presentazione ai lettori italiani » della traduzione in lingua italiana del *Preliminary Draft of a World Constitution* già pubblicato in America e redatto da un eminente comitato di giuristi, educatori, economisti e filosofi, diretto da G. A. Borgese. La traduzione italiana, con una « premessa » di Thomas Mann, è nel volume *Disegno preliminare di Costituzione mondiale*, Verona, Mondadori, 1949; la presentazione di P. Calamandrei è a pp. 13-38]. [*Bibliografia*, n. 481].

un conflitto, ogni popolo è ormai costretto ad accorgersi che la guerra è lì, alle sue porte. La casa è così angusta, che non è più possibile accendere il fuoco in una stanza senza che tutta la casa s'incendi. Questa terribile vicinanza che ormai coinvolge tutto il mondo in un solo destino di salvezza o di distruzione, è sentita da tutti, anche da coloro che osteggiano o irridono il federalismo: i quali ben sanno che, se il genere umano non vorrà prima perire per suicidio (l'arma è già carica), la meta ultima non potrà essere che lo stato mondiale.

Anche i comunisti, che sono oggi i più fieri oppositori dell'idea federalista, mirano per vie diverse alla unificazione politica del mondo: il motto « proletari di tutti i paesi unitevi » è, in sostanza, un motto federalista; la Russia nella sua struttura costituzionale si presenta come una federazione. Anch'essi dunque sarebbero senz'altro favorevoli alla idea della federazione mondiale, purchè si trattasse di una federazione comunista.

Ma le critiche, più che al fine, si rivolgono ai mezzi: non tanto contro l'idea federalista quanto contro la velleità di prepararne l'attuazione a tavolino, come se gli Stati potessero uscire bell'e fatti, a guisa di un abito già pronto per essere indossato, dalle anticipate misurazioni dei giuristi.

La Federazione Mondiale, come sempre è accaduto per tutte le formazioni politiche, non nascerà (obiettano essi) dagli ingenui piani dei dottrinari; ma scoppierà fuori da qualcuna di quelle esplosioni storiche, che non sono nè prevedibili nè regolabili in precedenza dai professori di diritto costituzionale.

Sarà il duello all'ultimo sangue tra due imperialismi, sarà la marcia trionfale di un conquistatore, sarà la minaccia di una carestia incombente sui continenti, sarà l'improvviso erompere di una rivoluzione che divamperà da un emisfero all'altro... Certo è che l'occasione da cui nascerà la federazione sarà una catastrofe: come i metalli per amalgamarsi, così i popoli per federarsi hanno bisogno del crogiuolo; quando la storia avrà preparato la fusione, la forma giuridica per gettarvela si troverà a caldo.

Tutto il resto, concludono i critici, è candido illuminismo.

II

Eppure anche la preparazione dei piani a tavolino e i calcoli anticipati dei giuristi possono avere, nella storia, il loro valore pratico: anch'essi possono essere, in certi momenti, una forza storica che, ragionando per via di ipotesi su una realtà ancora in divenire, concorre a dirigerla e a plasmarla secondo le previsioni. Nessuno può frenare la

lava che trabocca dal cratere: ma se nelle pendici della montagna gli uomini hanno scavato un varco, è probabile che il fiume incandescente si incanalerà per quella apertura.

C'è da chiedersi dunque se, a lunga scadenza, la maggiore ingenuità non sia quella dei critici schiavi del « realismo »: ciechi fino al punto di non accorgersi che anche le idee appartengono alla realtà. Quando gli autori di questo Disegno di costituzione mondiale dicono che, se i popoli di tutto il mondo volessero federarsi, la carta costituzionale della loro federazione potrebbe esser questa, i critici si mettono a ridere e obiettano con aria di sufficienza: « Ma non vi accorgete, poveretti, che il problema è tutto nella premessa? e che il difficile sta proprio nell'arrivare a far sì che i popoli vogliano? ». Eppure proprio in questo che pare un argomento irresistibile, si annida il sofisma: il quale dimentica che tra gli altri coefficienti che possono indurre gli uomini a volere, c'è anche quello di persuaderli che, se volessero, le difficoltà pratiche per arrivare allo scopo non sarebbero insormontabili. Il motto *volere è potere* è più vero capovolto: *potere è volere;* la volontà degli uomini si rafforza e si precisa, quando si appoggia sulla persuasione stimolatrice che esiste la possibilità pratica di conseguire ciò che si vuole.

Questo è il valore pratico, ossia in lato senso politico, di un disegno costituzionale com'è quello qui presentato. Per avvicinare e facilitare la soluzione delle più complicate e scottanti questioni politiche, non so pensar sistema più efficace di quello consistente nel tentar di tradurle in formule giuridiche: che vuol dire liberarle dalla confusione dei sentimenti, dagli equivoci dei pregiudizi, dagli impacci dei dissensi approssimativi e generici. Esprimere in termini freddamente tecnici e precisi, come sono quelli che adoprano i giuristi e i contabili, i problemi essenziali di un'impresa, vuol dire già aver fatto un buon passo verso la riuscita di essa: vuol dire aver potuto misurare, senza illusioni ma senza scoraggiamenti, le difficoltà vere che nella realtà si rivelano sempre meno gravi di quelle esagerate dalla fantasia.

Questo è il valore per così dire *pedagogico* di questo Disegno: dimostrare che se i popoli di tutto il mondo volessero stringersi in una federazione, tutte le difficoltà che a prima vista sembrano insuperabili potrebbero trovare una soluzione soddisfacente, e tutti gli interessi essenziali un pacifico componimento.

E' un pericoloso pregiudizio, questo sì veramente contrario alla esperienza storica, il credere che solo dalle catastrofi possano nascere le costituzioni. Nella storia di questi due ultimi secoli non esistono soltanto costituzioni *octroyées,* concesse dai sovrani sotto il terrore di una guerra perduta o di una rivoluzione minacciata, ma esistono anche le costituzioni liberamente volute da popoli padroni di sè, capaci di

discutere i proprî problemi e di risolverli con leggi approvate in via democratica. Dalla fine del secolo XVIII è stato dimostrato che per creare un nuovo Stato non è indispensabile la distruzione delle città e l'esterminio delle popolazioni innocenti, ma può bastare anche la libera volontà popolare che si manifesta nelle pacifiche assemblee costituenti. I popoli, purchè vogliano, sono capaci di costruire pacificamente gli Stati: e non solo gli Stati nazionali, ma anche quelli federali. L'esempio della Svizzera, e soprattutto quello degli Stati Uniti d'America, dimostra che anche le federazioni possono nascere, senza bisogno di cataclismi, dalla semplice facoltà che hanno gli uomini di ascoltare la voce della ragione e di regolarsi in conformità di essa.

Chi pensasse il contrario, farebbe come chi volesse sostenere che per arrivare ad accordarsi in un contratto, è indispensabile che prima i due contraenti si siano presi a coltellate: sicchè, quando si saranno ridotti scambievolmente in fin di vita, allora soltanto sarà arrivato il beneaugurato momento di firmare *in articulo mortis* l'accordo tra due rantolanti!

III

La costituzione della Federazione Mondiale, secondo il Disegno preparato da *Common Cause*, vuole essere una costituzione democratica.

Essa è basata sul libero consenso dei popoli: nei suoi congegni non è contemplato il *deus ex machina* del conquistatore vittorioso o del popolo eletto o del partito dominante, che all'ultimo momento scenda dall'alto a imporre ai greggi assoggettati la sua pace. La pace alla quale mira questa costituzione è la pace democratica, la pace concordata tra i popoli liberi di tutto il mondo: non pace americana, ma neanche pace russa.

Ma democrazia, nel senso giuridico della parola, vuol dire suffragio universale, prevalenza della volontà della maggioranza, diritto di opposizione. Questo, di dare alla costituzione mondiale una struttura in tal senso democratica, è a mio giudizio il problema più delicato che gli artefici di questo Disegno hanno dovuto affrontare alla soglia del loro lavoro.

Tale problema preliminare si può considerare sotto tre aspetti.

IV

a) Democrazia significa suffragio universale, uguaglianza politica di tutti i cittadini, uguale partecipazione di tutti i cittadini alla sovranità popolare, che si esercita mediante il diritto di voto: nella

Repubblica del Mondo, se dovrà esser veramente democratica, tutti gli uomini, qualunque sia la loro lingua o il loro colore, dovranno contare per uno.

E' facile intendere però come tale principio abbia suscitato, durante la preparazione di questo Disegno, discussioni e dubbi (*Rapporto Sommario*, pagg. 99-100): i popoli del mondo non hanno tutti raggiunto lo stesso livello (o, se non si vuol parlare di *livello* che implica un giudizio di valore, diciamo lo stesso *tipo*) di civiltà; e se il Governo del mondo dovesse essere fondato con criterio puramente numerico sul suffragio universale, non v'ha dubbio che i popoli a civiltà di tipo occidentale rimarrebbero in minoranza. Qualcuno aveva proposto di fare fra i popoli una specie di graduatoria di civiltà, calcolata statisticamente su determinati indici, in modo che il voto di ciascun cittadino potesse avere un diverso peso secondo il diverso grado di civiltà raggiunto dal popolo al quale egli appartiene. Ma poi giustamente ha prevalso l'idea di non accogliere distinzioni che sarebbero apparse inconciliabili col principio d'uguaglianza: e si è adottato il criterio pragmatistico, base del suffragio universale, secondo il quale per educare gli uomini ad esser degni della uguaglianza politica bisogna cominciare dal trattarli come uguali: e così la grande Assemblea Federale (la quale, come si vedrà, sarà l'organo primario di tutta questa costituzione) sarà composta dei delegati di tutti i popoli del mondo eletti indistintamente in proporzione di un delegato per ogni milione di abitanti.

Questo è certamente, di tutti i problemi qui posti, il più arduo: ogni graduatoria di civiltà, ogni albagia di popoli eletti, ogni cupidigia coloniale dovrebbe disciogliersi nella cittadinanza mondiale; ma come potrebbe l'emisfero occidentale accettare a cuor leggero un sistema elettorale che consegnasse le armi per governare il mondo ad una maggioranza asiatica? e come potrebbe avvenire il contrario?

I pericoli di questo sistema elettorale sono però attenuati non tanto da quelle disposizioni che ammettono all'elettorato federale solamente i cittadini di stati o nazioni organizzati e internazionalmente riconosciuti (le tribù selvagge dell'Africa centrale o dell'America equatoriale appartengono evidentemente a quei « territorî ancora immaturi per l'autogoverno » di cui parla l'art. 1 lett. *g*), quanto dall'ingegnoso sistema equilibratore costituito dalla ripartizione dell'Assemblea Federale in nove collegi elettorali; ma di ciò meglio si dirà più avanti (VII).

V

b) Il secondo aspetto del problema preliminare attinente al carattere democratico della Federazione Mondiale concerne la costitu-

zione interna degli Stati aderenti ad essa e la necessità di mettere in armonia il loro ordinamento interno con la struttura democratica dell'ordinamento federale.

Nessuna disposizione di questo Disegno dispone esplicitamente che per essere ammessi alla Federazione gli stati debbano avere un ordinamento interno ispirato ai principî giuridici della democrazia; ma questa pare una conseguenza necessaria della *Dichiarazione dei doveri e diritti* con cui si apre la Costituzione, la quale garantisce ad ogni cittadino della Repubblica del Mondo « protezione... contro la soggezione e la tirannia, razziale o nazionale, dottrinale o culturale, col rispetto dell'autodeterminazione delle minoranze e del diritto di opposizione », e pone con ciò uno di quei principî fondamentali sulla cui osservanza è attribuito agli organi federali, e specialmente al Tribuno del Popolo, un potere di controllo « su tutte le comunità e territori facenti parte della Repubblica federale del Mondo ».

D'altra parte, anche se non vi fossero queste disposizioni, è evidente che uno stato a regime autocratico o totalitario non potrebbe mai permettere che i proprî sudditi prendessero parte alla elezione di quella Assemblea Federale, perchè i componenti di essa devono essere nominati non come rappresentanti *degli stati,* ma come rappresentanti *dei popoli,* e quindi non come espressione ufficiale del governo che è in quel momento al potere, ma come espressione popolare delle varie correnti politiche, anche di minoranza, che possono affermarsi in un regime di libertà.

Federazione significa, per gli stati che vi aderiscono, rinuncia ad una parte della propria sovranità: significa svincolare in certa misura i proprî cittadini dalla sovranità interna e, quindi, dai doveri della cittadinanza nazionale, per entrare sotto la protezione e sotto la disciplina di una sovranità più alta e di una più vasta cittadinanza. Ora come potrebbe uno stato autoritario, che non ammette la pluralità dei partiti e il diritto di opposizione, consentire nelle pareti della propria sovranità l'apertura di questi varchi attraverso i quali i suoi cittadini potrebbero evadere in un regime più vasto ed aperto, in cui fosse garantita quella libertà di opposizione politica che nell'interno è vietata e punita? E come potrebbe tollerare che i suoi cittadini eletti a delegati nell'Assemblea Federale, vi sedessero non come una disciplinata e compatta delegazione collegiale agli ordini del governo, ma come una pluralità di liberi rappresentanti del popolo, ognuno dei quali avesse il diritto (riconosciuto espressamente dall'art. 4 di questo Disegno) di votare individualmente secondo la propria coscienza e le proprie opinioni politiche?

Il problema, com'è facile intendere, riguarda soprattutto la Russia: è, su più vasta scala, lo stesso problema che si presenta sulla soglia

della Federazione europea. Quando i comunisti accusano i federalisti europei di voler fare degli Stati Uniti d'Europa un blocco che escluda la Russia e quella parte dell'Europa orientale che ad essa aderisce, dimenticano che una Federazione europea o mondiale non può costituirsi *pacificamente* se non attraverso il funzionamento dei congegni democratici per mezzo dei quali si manifesta il consenso popolare; sicchè chi non è disposto ad accettare tali congegni, basati sul principio di maggioranza e sul diritto di opposizione, respinge la Federazione e non può lamentarsi di esser da essa respinto.

Lo stesso può dirsi per questo Disegno: il quale considera la Russia come una delle « Regioni » della Repubblica del Mondo (art. 5 n. 3: *Eurasia*), corrispondente ad una delle nove circoscrizioni elettorali dell'Assemblea Federale; ma come il regime costituzionale della Russia possa flettersi a partecipare a queste elezioni, e adattarsi ad accettare di sottomettersi alla sovranità mondiale fondata su di esse, il Disegno, naturalmente, non spiega. Questo è uno di quei problemi che i giuristi, non potendo risolverlo, devono provvisoriamente considerare come risolto: come avviene nelle ricerche sperimentali, nelle quali talvolta anche la ipotesi può servire come un utile espediente per avvicinarsi alla verità.

VI

c) Ma forse, se di questo problema il Disegno non dà la soluzione, esso ha però il grande pregio di lasciare aperte le strade che potrebbero condurre a trovarla.

Esso infatti non ignora che la nozione di democrazia la quale nella tradizione occidentale del secolo scorso ha avuto un significato soprattutto *giuridico* (riflettente cioè la forma costituzionale degli organi della sovranità), ha oggi assunto nelle democrazie cosiddette « progressive » dell'Europa orientale, un significato prevalentemente *economico* e *sociale*. La democrazia che un tempo pareva soltanto una questione di libertà, è diventata oggi una questione di giustizia sociale. Ora, per arrivare a fondere in una unica Federazione democratica i popoli di tutto il mondo, non basta metterli d'accordo nell'accettare, come già si è detto, le forme giuridiche della democrazia, ma occorre altresì (e forse è proprio questo il *punctum dolens*) trovare tra essi un terreno di incontro su cui possa raggiungersi pacificamente una soluzione democratica della questione sociale.

La divisione del mondo in due blocchi che si fronteggiano ha assunto ormai, nel mito che spesso crea la realtà, più che il significato di una competizione tra due nazionalismi o di un urto tra due diversi sistemi politici (liberalismo o totalitarismo), la drammatica figurazione

di un duello a morte tra due sistemi economici, il capitalismo ed il collettivismo. Sicchè, per arrivare a una pacifica convivenza dei popoli in un unico stato mondiale, non basta più disarmare i nazionalismi, o inventare nuovi congegni costituzionali in cui libertà e autorità possano trovarsi d'accordo; ma occorre soprattutto trovare il modo per diminuire la tensione sociale, che è, di tutte le forze in contrasto, quella che più preme e che più minaccia di provocar l'esplosione. Il regime parlamentare da una parte e dall'altra il regime totalitario senza partiti, sono ormai sempre più considerati come la espressione giuridica di due opposti sistemi economici: forse è vano sperare di ridurre tutto il mondo a regime parlamentare, finchè l'urto economico non sarà risolto e pacato.

Di ciò pare che anche questo Disegno si renda conto: il quale non contiene nessuna disposizione che sia contraria al socialismo, anzi ne contiene diverse che dimostrano di intenderne le ragioni universali. Nella *Dichiarazione dei doveri e diritti* è compresa, tra le libertà garantite a tutti i cittadini del mondo, « l'affrancamento dalla schiavitù della povertà e dalla servitù e sfruttamento del lavoro »; e i quattro elementi di vita « terra, acqua, aria, energia », sono proclamati « patrimonio comune del genere umano », il cui godimento, anche se è temporaneamente assegnato ad usi particolari, è in ogni caso subordinato all'interesse generale.

Ma principalmente la apertura di questo schema costituzionale verso le più ardite trasformazioni sociali è dimostrata dalla intonazione del *Preambolo,* in cui, tra le condizioni indispensabili per il mantenimento della pace senza la quale non è possibile il progresso umano, l'accento è posto prima di tutto sulla giustizia.

« Pace e giustizia si reggono o cadono insieme », proclama uno di quei versetti: nel quale è chiaro che giustizia deve intendersi principalmente come giustizia sociale.

VII

Questi sono i tre enigmi preliminari che bisogna sciogliere, le tre porte magiche che bisogna disserrare per poter giungere al centro dell'edificio federale: del quale, una volta che si sia riusciti a penetrar nel suo interno, non si può non ammirare la genialissima architettura.

Alla base di tutta la costruzione costituzionale sta l'*Assemblea Federale,* la quale è composta, come già si è detto, dai rappresentanti di tutti i popoli del mondo, in proporzione di un delegato per ogni milione di abitanti o per ogni frazione al disopra di mezzo milione (ma per ogni stato riconosciuto come sovrano, basterà che il numero

dei suoi abitanti superi i centomila per aver diritto ad un rappresentante: altrimenti sarà aggregato, agli effetti elettorali, alla più prossima unità). La nomina di questi rappresentanti sarà fatta mediante elezione popolare: e poichè la Costituzione non contiene altre norme in proposito, si deve intendere che queste elezioni primarie si faranno per stati, e ogni stato provvederà a stabilire per esse il proprio sistema elettorale.

Si avrà così, in questa Assemblea eletta dai popoli di tutto il mondo, un grande consesso composto di più di duemila delegati, il cui funzionamento è da prevedersi che, a causa del numero ingente dei componenti, non sarà molto agevole. Ma le sue mansioni non saranno molto complicate: poichè esso (a parte le sue funzioni novennali di Assemblea *costituente* mondiale, di cui diremo più avanti, VIII), si raduna ogni tre anni come organo elettorale, cioè come corpo di elettori rappresentanti del popolo del mondo nel quale risiede la sovranità (art. 3), a loro volta incaricati di eleggere in secondo grado i supremi organi costituzionali della Federazione (*Consiglio mondiale; Presidente della Repubblica; Tribuno del Popolo*).

Queste elezioni si svolgono in due momenti: in un primo momento l'Assemblea funziona suddivisa in nove collegi elettorali, corrispondenti a nove raggruppamenti territoriali di popoli affini per ragioni etniche e culturali, che il Disegno chiama « Regioni »: ciascuna delle quali elegge a scrutinio segreto una lista di tre candidati per la carica di Presidente della Repubblica del Mondo, ed una lista di ventisette candidati, oriundi della Regione, per il Consiglio legislativo mondiale; in un secondo momento l'Assemblea si aduna in seduta plenaria per la elezione del Presidente, e per quella del Consiglio, composto di novantanove consiglieri, nove scelti da ciascuna lista, coll'aggiunta di altri diciotto scelti tra quelli designati da associazioni di speciale importanza mondiale (art. 5 e 6).

Si noti la ingegnosità di questo sistema elettorale equilibratore, basato sulla divisione del mondo in nove Regioni, ciascuna delle quali è chiamata a designare un ugual numero di candidati alle cariche supreme; così, mentre per le elezioni primarie dei delegati all'Assemblea, che avvengono per stati, il suffragio è proporzionale al numero degli abitanti di ogni stato, nelle elezioni in secondo grado del Presidente e del Consiglio legislativo, che si fanno per Regioni, il numero degli abitanti passa in seconda linea, perchè ogni Regione è chiamata ad eleggere un ugual numero di candidati, qualunque sia il numero degli abitanti che fanno parte di essa.

Speciale attenzione merita anche il metodo adottato per la elezione del Tribuno del Popolo, allo scopo di garantire ch'egli sia veramente, come dev'essere, il portavoce delle minoranze (art. 26).

VIII

Il *Governo del Mondo* proposto da questo Disegno ha una struttura nuova ed originale. Si sente che ha tratto profitto dalla esperienza dei regimi parlamentari europei e da quella del sistema presidenziale nord-americano; ma non ricalca servilmente nessuno di quegli esempi, nè si limita a una combinazione esterna di elementi di provenienza eterogenea.

Il Governo del Mondo culmina in due organi: il *Presidente della Repubblica* e il *Consiglio legislativo mondiale*, tutt'e due direttamente eletti dal popolo (cioè, come si è visto, dall'Assemblea Federale, che rappresenta il popolo). Il potere legislativo è regolato secondo il sistema unicamerale: risiede nel Consiglio mondiale che è l'unica camera legislativa della Federazione, e che rimane in carica tre anni (art. 7). Il Presidente, che rimane in carica sei anni, è il capo del potere esecutivo (art. 10): può intervenire nel legislativo esercitando il diritto di veto sulle leggi approvate dal Consiglio, ma questo può sottrarsi al veto con una nuova deliberazione a maggioranza qualificata (art. 14).

Il Governo è a tipo parlamentare: il *Gabinetto* è formato e presieduto dal *Cancelliere*, che è persona di fiducia del Presidente della Repubblica (art. 11); ma se il Consiglio legislativo gli dà un voto di sfiducia (deliberato con speciali cautele, per evitar le crisi di sorpresa) il Gabinetto si deve dimettere.

Il Presidente della Repubblica è anche il capo del potere giudiziario, e come tale presiede il *Gran Tribunale* composto di sessanta giudici, da lui nominati (ma la nomina è soggetta al veto del Consiglio legislativo, art. 16) per la durata di quindici anni. Il Gran Tribunale in seduta plenaria ha speciali attribuzioni di controllo sulla funzione legislativa e governativa; quando esercita le normali funzioni giudiziarie si ripartisce in cinque Corti (art. 18), culminanti nella *Corte Suprema* (art. 19).

Tra gli organi costituzionali meritano speciale menzione per la loro originalità: il *Tribuno del Popolo* (che è il portavoce delle minoranze, il custode di quei principî ai quali devono ispirarsi le legislazioni dei singoli Stati, e il difensore dei diritti garantiti dalla Costituzione contro le infrazioni commesse dal Governo federale o dai Governi dei singoli Stati federati: art. 26-27); e la *Camera dei Custodi della Pace* (eletti per tre anni dal Consiglio e dal Gran Tribunale riuniti in congresso), alla quale è affidato il controllo e l'uso delle forze armate della Repubblica del Mondo (art. 35).

La enumerazione schematica di questi organi più importanti, che dànno alla costituzione la sua caratteristica fisionomia e quasi ne costituiscono lo scheletro, non ha preteso di essere una descrizione com-

piuta; ma solo una visione introduttiva, che permetterà ai lettori di avvicinarsi con maggior comprensione ai singoli congegni costituzionali e di scoprire in ciascun di essi, e nei numerosi organi complementari, i rapporti e i raccordi funzionali e temporali, ingegnosamente studiati per evitare arbitrarie prevalenze e per garantire che l'equilibrio e la cooperazione delle forze mondiali si indirizzino a quel « progresso dell'uomo in eccellenza spirituale e in benessere materiale » che, com'è detto nel *Preambolo,* è il supremo fine della Repubblica del Mondo.

IX

La Costituzione contiene nei suoi 46 articoli, preceduti da un *Preambolo* e da una *Dichiarazione dei doveri e diritti,* le norme essenziali che potrebbero bastare per far vivere nella realtà la Repubblica del Mondo: attraverso la lettura di tale piano giuridico si riesce, senza grande sforzo di fantasia, a immaginare come funzionerebbe questo Governo del Mondo al quale gli autori di questo Disegno hanno saputo dare, fondendo nelle sue formule la fede con la ragione, una forza di suggestione che somiglia alla vita.

Ma tutti intendono che il passo più arduo nel cammino che potrebbe portare alla Federazione Mondiale, è il primo: basterà che l'Assemblea Costituente, incaricata di discutere e di approvare la costituzione mondiale, sia convocata, perchè possa considerarsi come superato il peggio; ma il più difficile sarà trovare negli stati la disposizione politica a partecipare a questa Assemblea, e le vie legali per arrivare a tradurre in realtà questa disposizione.

Negli stessi termini il problema si pone per la Federazione europea: per la quale è sicuro che il giorno in cui si fosse riusciti ad adunare un'Assemblea Costituente composta dei delegati di tutti i popoli europei, gli Stati Uniti d'Europa sarebbero già, ancor prima di essere un ordinamento giuridico, una realtà psicologica e politica. Ma prima di arrivare a quel giorno bisognerà fare i conti con le resistenze conservatrici delle diplomazie e dei generali dei singoli stati, che nella convocazione di questa Assemblea supernazionale paventano, col superamento delle sovranità nazionali, il proprio tramonto. Trovare il mezzo pratico per passare, *senza dar l'impressione di una rottura di continuità giuridica,* dalla sovranità chiusa dei singoli stati alla sovranità aperta della Federazione, questo è il punto che i giuristi devono prima di ogni altro risolvere: perchè, mentre è agevole prevedere che a questo passaggio, che vuol dire rinuncia a una parte della propria sovranità, gli stati si rassegnerebbero quando vi fossero forzati dalla spinta violenta di una guerra perduta o di una rivoluzione, più diffi-

cile è immaginare come essi possano arrivare a ciò attraverso pacifiche trattative diplomatiche e accordi internazionali, che hanno come presupposto la piena sovranità degli stati contraenti. Eppure, come ho cercato di mostrare a proposito della Costituente europea (1), il problema non è insolubile neanche sotto l'aspetto della tecnica giuridica; e anche in questo Disegno si propone una soluzione che permette appunto di passare senza soluzione di continuità giuridica, ossia col consenso dei singoli Stati partecipanti, alla Costituente Mondiale, nella quale cesserà di esser sovrana la volontà degli stati e prenderà il suo posto quella dei popoli.

Secondo questo Disegno, la funzione di Costituente sarà assunta, come già si è detto, dalla Assemblea Federale. La prima Assemblea Federale avrà il potere di discutere e di approvare la costituzione (art. 45): e in seguito, ogni nove anni, la Assemblea Federale, dopo la ordinaria sessione elettorale, terrà una speciale sessione costituzionale, per discutere gli emendamenti alla Costituzione che siano stati congiuntamente proposti dal Consiglio legislativo e dal Gran Tribunale (art. 44).

Ma chi stabilirà preliminarmente lo Statuto provvisorio per regolare la convocazione della prima Assemblea Federale? La risposta a questa domanda è data dall'art. 45 del Disegno: secondo il quale « i modi e i mezzi per la convocazione della Assemblea Costituente e le regole per le procedure di apertura e di voto saranno fissate *dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite* ».

Sarà dunque l'O.N.U. il « congegno trasformatore » della sovranità nazionale in sovranità federale? Si può pensare che questa previsione sia, sotto l'aspetto politico, eccessivamente ottimistica; ma sotto l'aspetto giuridico la soluzione è perfetta: perchè, in questo modo, per arrivare all'Assemblea dei popoli la prima deliberazione sarebbe presa, senza frattura di continuità giuridica, dall'Assemblea degli stati.

D'altra parte questo Disegno non esige che per arrivare alla formazione della Federazione Mondiale vi sia fin da principio l'adesione di tutti gli stati del mondo: anche qui infatti si adotta per l'entrata in vigore di questa Costituzione Mondiale lo stesso espediente che fu suggerito a Interlaken dalla delegazione italiana per l'entrata in vigore della costituzione europea: che, cioè, la Costituzione approvata dalla Assemblea Costituente sia sottoposta subito alla ratifica dei singoli stati, e quando sarà stata ratificata da una certa maggioranza di essi, entri senz'altro in vigore anche se gli altri in un primo tempo

(1) Nel mio scritto *La convocazione dell'Assemblea Costituente europea* (relazione al II congresso int. dell'Unione Europea dei Federalisti), pubblicato nel *Ponte* del novembre 1948 [cfr. lo scritto VII di questo volume delle *Opere*].

restano fuori: è detto infatti nell'ultimo articolo di questo Disegno che la ratifica della Costituzione Mondiale, data « da tante delegazioni di stati e nazioni che rappresentino due terzi della popolazione della terra, basterà a dar vita alla Repubblica del Mondo ».

X

A qualcuno ora potrebbe venire in mente di chiedere in quale relazione stia questo movimento per la Federazione Mondiale con quello, che è in Italia così vivo, per la Federazione europea. Se si riuscisse a dar vita agli Stati Uniti d'Europa, quale posizione avrebbe questa formazione nel piano giuridico della Federazione Mondiale? E sotto l'aspetto politico, il federalismo europeo rappresenta un passo sulla via della Federazione Mondiale, o c'è da temere viceversa che esso, concentrando l'ideale federalistico alla piccola Europa, cagioni un arresto o almeno un rallentamento al più largo respiro del federalismo mondiale?

Non credo che tra i due movimenti possa esservi fondato dissidio. Se in Europa l'aspirazione federalistica è in questo momento viva più che in ogni altra parte del mondo, sicchè qui più che altrove c'è da sperare che a breve scadenza l'ideale possa diventare realtà, non si riesce a vedere perchè la vittoria dell'idea federalista in Europa potrebbe arrestarne il corso fuori d'Europa; anzi, tutto fa pensare che contribuirebbe piuttosto ad accelerarlo con l'esempio. Ogni aggregazione più vasta che superi i confini nazionali e unisca in una formazione federale più estesa tutto un continente o magari tutto un emisfero, può essere una tappa verso la Federazione Mondiale: quanto più ristretto sarà nel mondo il numero di queste associazioni di stati già riusciti ad accordarsi tra loro, tanto maggiore dovrebb'essere la possibilità di trovare tra esse una via di intesa che porti all'ultima riuscita della Federazione Mondiale.

Ma non bisogna nascondere d'altra parte che proprio la formazione di queste aggregazioni più vaste potrebbe contribuire, se alla base di esse fosse sottintesa una scelta militare già fatta, a rendere sempre più imminente il pericolo di una conflagrazione generale ed a spingere il mondo sempre più irrimediabilmente verso l'abisso.

Per questo, affinchè la Federazione europea non sbarri la strada alla Federazione Mondiale, bisogna che gli Stati Uniti d'Europa sorgano non dal proposito, sia pur larvato, di preparare alleanze o di rafforzare vassallaggi; ma dall'operoso convincimento che l'unità europea deve costituire un terreno d'incontro per lavorare alla costruzione della pace del mondo, e che la pace del mondo conta più dell'unità europea.

In tale spirito, la Federazione europea non è esclusa dalle previsioni di questo Disegno: il quale si esprime in termini molto elastici quando indica quali potranno essere nella Repubblica del Mondo le unità politiche in essa federate, ai Governi delle quali rimarrà riservata quella parte di sovranità che non sia assunta ed esercitata dal Governo federale mondiale. L'art. 2 parla in generale di « stati, nazioni o unioni »: la frase è così comprensiva che non esclude, nell'ambito della Federazione Mondiale, la formazione di più ristretti gruppi di stati tra loro federati.

Per le funzioni elettorali dell'Assemblea Federale l'Europa è una delle nove « Regioni » in cui si divide il mondo: ma niente vieta che qualcuna di esse, prima di essere un collegio elettorale della Federazione Mondiale, sia già diventata essa stessa una aggregazione politica a tipo federale tra i vari stati nazionali che la compongono. Così potrebbe darsi che l'Europa fosse già Federazione europea prima di diventare regione federata della Federazione Mondiale: l'unica condizione perchè questo possa accadere senza che sia compromesso l'avvenire della Federazione Mondiale, è che la Federazione europea si formi attraverso la pacifica e volontaria aggregazione di elementi etnicamente e culturalmente affini, non come affermazione di una supremazia europea su popoli d'altri continenti considerati come inferiori e coloniali.

XI

Il testo costituzionale che oggi è offerto alla meditazione dei lettori italiani (i quali debbono esser lieti che a redigerlo abbia contribuito con tanto fervore l'intelletto di un italiano, di quella stessa famiglia di cittadini del mondo alla quale apparteneva Giuseppe Mazzini) è fondato sulla fiducia nell'uomo e sulla credenza nel progresso umano. Irridere o ignorare questo generoso tentativo possono soltanto coloro che considerano il genere umano come un esperimento fallito. Chi pensa che l'uomo è fondamentalmente malvagio e incapace di miglioramento, che il diritto del più forte è l'unica legge del mondo e che i campioni più eletti del genere umano sono i guerrieri, può onestamente rifiutarsi di meditare su questo Disegno.

Ma per tutti gli altri, qualunque sia il loro credo politico e la loro religione, la fede nella civiltà dell'uomo e nella sua perfettibilità deve portarli a prendere sul serio questo problema; esso è uno dei due temi su cui veramente vale la pena di meditare: il tema della pace e quello della morte; i quali poi, a ben vedere, sono in realtà un problema solo.

Discutere: capire e far capire che un problema come questo *si può discutere;* che questo problema che pare superiore alle nostre

forze e inafferrabile quando si considera da lontano nella sua nebulosa totalità, può scomporsi e placarsi in una quantità di questioni pratiche, ognuna delle quali si avvicina alla nostra comprensione e alle nostre possibilità. Il motto *distingue frequenter*, che sembra un gretto accorgimento dialettico di dispute da legulei, può suggerire, anche nei grandi problemi politici, la strada per avvicinarsi alla soluzione: ridurre un grande problema politico negli articoli di un immaginario disegno di legge, può essere il metodo pratico per distinguere i suoi varî aspetti pratici, e per conquistare ed accantonare ad una ad una le questioni solubili; per arrivare così a scoprire, al centro di esse, il problema di vita o di morte, e accorgersi che anch'esso può esser sottratto alla cupa cecità dell'imprevisto e dominato dalle forze della ragione.

Il tentativo, affidato a questo Disegno, di dimostrare che si potrebbe giungere alla ordinata e garantita pace mondiale senza deviare dalle strade maestre della ragione, non poteva discendere dal limbo della utopia sul terreno della realtà fino a quando non era apparso sull'orizzonte del mondo, come una sanguigna aurora boreale, l'alone apocalittico della bomba atomica. Soltanto ora, nel saper che è stato felicemente inventato il mezzo infallibile per consumare il suicidio del genere umano, c'è da sperare che gli uomini trovino all'ultim'ora la spinta per federarsi e per rendere innocua, coll'abolire tutte le guerre, quest'arma già pronta ad esplodere per l'ultima guerra. Altra via di salvezza non c'è. Ma il pericolo imminente è questo: che qualche popolo, convinto che per salvarsi dalla bomba atomica non c'è altro scampo che la Federazione Mondiale, sia spinto, per affrettare i riluttanti ad accettar la Federazione Mondiale, a servirsi contro di loro della bomba atomica. Proprio per spezzare questo disperato giro vizioso, è scritto questo Disegno: il quale confida, capovolgendo anche qui vecchi bestiali spropositi passati in proverbio, che contro la ragione a lungo andare nulla valga la forza, cioè la follia. Se si continua a adorare il sofisma che solo il ricorso alla forza può costringere gli uomini alla ragione, tutto è perduto.

Questo è il motivo per il quale, in questa Costituzione Mondiale, che è un atto di fede nella ragione degli uomini e una specie di esorcismo contro la troppo temuta fatalità delle catastrofi, circola un alito fresco e patetico di umanità e di speranza. In queste lucide e composte proposizioni giuridiche, e specialmente in quel *Preambolo* con cui la costituzione si apre, par di cogliere, appena affiorante, un contenuto fremito come quello che circola nelle strofe di un poema o nei versetti di una preghiera.

Così infatti, preparando con la paziente ragione gli strumenti pratici destinati a superare e a dominare i risvegli ricorrenti della primigenia bestialità, pregano gli uomini che aspirano a diventare civili.

X

PREFAZIONE A UN LIBRO SULLA COSTITUZIONE ITALIANA (*)

In questo periodo di revisione e di rinnovamento di tutta la nostra letteratura giuridica e politica, dev'essere accolto con giubilo ogni nuovo libro che miri ad illustrare la Costituzione della Repubblica italiana e a diffonderne l'esatta conoscenza non soltanto tra i giuristi, ma altresì tra categorie sempre più vaste ed aperte di lettori: e ciò non soltanto nell'interesse degli studi di diritto (nei quali d'ora in poi la indagine approfondita sul nuovo ordine costituzionale non potrà più rimanere, come avveniva per lo statuto albertino, materia riservata ai costituzionalisti; ma sarà la necessaria premessa della ricostruzione d'ogni disciplina giuridica, perchè ormai non vi è più ramo del diritto che, per essere inteso, non debba essere inquadrato, quasi per trasparenza, sullo sfondo dei principî fissati al legislatore dalla prima parte della Costituzione); ma soprattutto nell'interesse della educazione politica dei cittadini, nei quali è ancora quasi interamente da creare quella consapevolezza dei propri diritti e dei propri doveri pubblici, e quell'impegno morale di difendere ad ogni costo la propria libertà e insieme di rispettare le libertà altrui, senza il quale non può esistere vitale democrazia.

Bisogna, affinchè la democrazia viva, che la Costituzione democratica diventi popolare: e che i principî da essa fissati diventino forze vive e motrici dello spirito dei cittadini. Se da una parte è vero che il costume precede le leggi, in materia politica può esser vero anche il contrario: non v'ha dubbio che le leggi fasciste che abolirono le pubbliche libertà e costrinsero gli italiani a rassegnarsi al servaggio per necessità di pane, contribuirono ad abbassare il livello morale e a corrompere il carattere dei cittadini; viceversa c'è da sperare che la

---

(*) [È la prefazione al vol. di G. BASCHIERI, L. BIANCHI D'ESPINOSA e C. GIANNATTASIO, *La Costituzione italiana. Commento analitico*, Firenze, Noccioli, 1949]. [*Bibliografia*, n. 483].

presenza di leggi costituzionali che si impegnano a difendere i diritti essenziali della persona, riesca a risvegliare e a educare nelle coscienze quel senso di responsabilità civica e di dignità umana che trasforma la libertà, da garanzia giuridica, in esigenza morale. Ogni libro che mira a divulgare la Costituzione diventa così un prezioso contributo al rinvigorimento della coscienza degli italiani ed alla rinnovazione del loro costume politico.

Con particolare gratitudine e simpatia penso che debba essere accolto dai lettori questo commento esegetico, anche perchè esso è stato scritto da tre magistrati (due dei quali hanno anche collaborato al più vasto e sistematico *Commentario alla Costituzione,* che, sotto la direzione del prof. Alessandro Levi e mia, è in corso di stampa presso la Casa Editrice Barbera): da tre giovani magistrati che mi sono cari, non solo per ragioni di affetto personale che risalgono alla scuola ed al ricordo di vicende sofferte in comune e di comuni speranze, ma perchè mi par di vedere in essi rappresentata in maniera esemplare la magistratura italiana di domani, pensosa e consapevole del valore religioso della sua missione, e della inseparabilità, di cui essa è la più efficace garante, della libertà dalla giustizia. Lo studio diligente e intelligente delle norme costituzionali, che questi tre giovani magistrati hanno compiuto con questo loro commento per articoli, è testimonianza della fondamentale importanza che d'ora in avanti deve essere attribuita, per l'esercizio della funzione giurisdizionale, alla perfetta conoscenza della Costituzione: non vi sarà d'ora in avanti giudizio in cui il giudice, nel costruire la premessa maggiore del suo sillogismo, non sia tenuto a rifarsi dalla Costituzione, per saggiare preliminarmente la legittimità costituzionale della legge ordinaria che sta per applicare. Il senso giuridico del giudice dovrà passare attraverso una necessaria fase preliminare, affidata a quella che sarà d'ora innanzi la sua virtù più vigile, cioè alla sua *sensibilità costituzionale.*

Si deve infatti avvertire che il potere di dichiarare la illegittimità e quindi la inefficacia delle leggi ordinarie contrarie alla Costituzione, non sarà affidato d'ora innanzi (come potrebbe credere chi si limitasse a leggere l'art. 134 della Costituzione) soltanto alla Corte Costituzionale; ma sarà altresì diffuso in tutta la magistratura, dalla cui vigilanza iniziale dipenderà nella massima parte dei casi l'ulteriore corso dei giudizi sulla legittimità costituzionale delle leggi. Si può infatti agevolmente prevedere che la massima parte delle questioni sulla legittimità costituzionale delle leggi che arriveranno alla Corte Costituzionale, avranno la loro prima origine in un giudizio ordinario, dove la questione sarà sollevata *incidenter* da una delle parti, o rilevata d'ufficio dallo stesso giudice della causa. In tal caso (come si discerne dall'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1) il giudice

sarà, in realtà, il vero *dominus* della sorte delle leggi. Se la questione di illegittimità costituzionale di una legge sarà sollevata da una delle parti, il giudice potrà, respingendo come « manifestamente infondata » tale eccezione, impedirle di avere ingresso alla Corte Costituzionale e di arrivare ad esser discussa in quella sede: e così la efficacia di quella legge rimarrà, per volontà del giudice, fuori di discussione. E viceversa, anche se quella questione non sarà sollevata dalle parti, il giudice potrà sollevarla d'ufficio, e rifiutarsi così di applicare quella legge in attesa che su di essa si pronunci la Corte Costituzionale. Sarà dunque in sostanza la Magistratura ordinaria che nella massima parte dei casi disporrà della efficacia delle leggi: ai giudici ordinari sarà affidata, nella massima parte dei casi, la chiave di casa della Corte Costituzionale, per aprir la porta o per chiuderla secondo il loro discernimento.

Basta questo a far intendere quanto d'ora innanzi, anche per l'esercizio della pratica giudiziaria, sia indispensabile, a giudici e ad avvocati, la conoscenza appronfondita della Costituzione e il continuo riferimento alle sue disposizioni e al suo spirito.

Di questa esigenza fondamentale d'ordine giuridico e politico, si sono resi conto i tre valorosi autori di questo commento; mi auguro che esso, ricevendo dai lettori l'accoglienza che merita, contribuisca a diffondere in una cerchia sempre più vasta la consapevolezza di questa esigenza, alla quale è strettamente legato l'avvenire della nostra Repubblica.

Firenze, Natale 1948.

XI

CENNI INTRODUTTIVI SULLA COSTITUENTE E SUI SUOI LAVORI (*)

SOMMARIO: 1. Significato storico della Costituzione. — 2. I quattro periodi costituzionali dal crollo del fascismo alla Repubblica. — 3. Il tentativo di restaurazione monarchica del 25 luglio 1943. — 4. Pluralità di ordinamenti giuridici in contrasto dall'8 settembre 1943 al giugno 1944. — 5. Il compromesso tra dinastia e partiti antifascisti nell'aprile 1944: la luogotenenza. — 6. Il decr. l. lt. 25 giugno 1944 n. 151, costituzione provvisoria fino alla Costituente; la Consulta. — 7. La tregua istituzionale. — 8. Il decr. l. lt. 15 marzo 1946 n. 98: il referendum istituzionale. — 9. Limiti ai poteri della Costituente. — 10. Discussioni della Costituente sui propri poteri. — 11. Lavori preparatorî della Costituzione. — 12. Conseguenze della duplice funzione dell'Assemblea. — 13. Sguardo generale all'intelaiatura della Costituzione: l'ordinamento della Repubblica. — 14. Diritti e doveri dei cittadini. — 15. Quello che resta ancora da fare.

1. — Se è vero in genere che per bene interpretare le leggi non deve mai far difetto al giurista il senso storico, questa esigenza diventa essenziale per l'esegeta di una nuova costituzione. Fu giustamente osservato che gran parte delle norme contenute nelle « dichiarazioni dei diritti » premesse alle carte costituzionali, hanno una certa tensione polemica, in quanto, sia pure in forma di proposizioni normative, esprimono la protesta contro gli aborriti privilegi del passato e il solenne impegno di impedirne la restaurazione nell'avvenire: per intender la portata di queste norme innovatrici è perciò indispensabile conoscere esattamente i termini della polemica politica tra il passato e l'avvenire, dalla quale è uscita vittoriosa una nuova legalità.

Come avviamento a questo *Commentario* della nuova Costituzione italiana sarebbe dunque desiderabile una introduzione storica, che illustrasse gli aspetti costituzionali degli eventi che hanno portato il popolo italiano alla proclamazione della Repubblica; e che riuscisse a

---

(*) [E' lo studio introduttivo del vol. I del *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* diretto da Piero CALAMANDREI e Alessandro LEVI, Firenze, Barbera, 1950]. [*Bibliografia*, n. 521].

fissare, con quell'acume tecnico con cui può coglierle l'occhio esperto di un costituzionalista, le successive fasi giuridiche, e forse le discontinuità e le fratture, attraverso le quali si è compiuto il trapasso dalla vecchia legalità statutaria alla nuova legalità repubblicana.

Ma per questa ricerca, che richiederebbe paziente e distaccato discernimento, il tempo non è ancora maturo. Forse bisognerebbe rifarsi da lontano, cominciando dalla prima guerra europea; ma, anche a volersi limitare al periodo più recente e più catastrofico della crisi, dal crollo formale della dittatura fascista, che porta la data del 25 luglio 1943, fino all'entrata in vigore della nuova Costituzione democratica, che porta la data del 1° gennaio 1948, si illuderebbe chi credesse di poter cogliere a così breve distanza il netto profilo costituzionale di questo quinquennio torbido e agitato: le forze che hanno concorso ad abbattere il vecchio regime e a suscitare il nuovo ordinamento sono state così molteplici e di natura così eterogenea e contrastante (interne ed esterne, palesi ed occulte, sociali e politiche, rivoluzionarie e militari), da rendere impossibile a chi ha vissuto e sofferto al centro di questo urto scorgere nettamente le correnti conduttrici del cataclisma. Solo tra qualche decennio sarà possibile al costituzionalista cogliere a distanza le grandi linee che contano, e tirar fuori, dalla congerie degli episodi e dagli intrecci delle passioni politiche, la evoluzione storica delle istituzioni giuridiche di questo tempo.

Tuttavia fin d'ora si può far qualcosa per agevolare il compito dello storico dell'avvenire: ricordare, come sono apparse agli occhi forse miopi di noi che le abbiamo faticosamente superate, le tappe di questo passaggio, e i provvedimenti legislativi che, nella nostra giornaliera esperienza, ci sono apparsi come le pietre miliari della strada percorsa. Non si tratta dunque di tentare qui, neanche di scorcio, la preistoria e la storia della Costituzione italiana; ma soltanto di suggerire a chi domani vorrà scriverla una serie di fonti e di temi di studio (1).

2. — Nel quinquennio rivoluzionario che va dal 25 luglio 1943 al 1° gennaio 1948 la dottrina già distingue per comodità di esposizione

---

(1) Chi si accinga allo studio degli aspetti costituzionali di questo confuso periodo della storia italiana dovrà prender le mosse, oltrechè dai discorsi politici di importanza fondamentale tenuti alla Consulta da V. E. Orlando, nelle sedute del 7 e 9 marzo 1946, dall'opera giuridica di Costantino Mortati, a cominciare dal volume *La Costituente* (Roma, 1945), al quale seguirono numerosi scritti monografici che saranno citati nelle note seguenti. Cfr. anche Delle Piane, *La funzione storica dei C. L. N.* (Firenze, 1946).

quattro periodi, a ciascuno dei quali corrisponde approssimativamente un diverso orientamento e un diverso ritmo di trasformazione costituzionale (1): il primo periodo, che va dal 25 luglio all'8 settembre 1943, corrisponde al tentativo monarchico di restaurazione statutaria; il secondo periodo, che dura fino al giugno 1944, è contrassegnato dal conflitto tra la dinastia e le forze popolari antifasciste espresse di fatto nel Comitato di Liberazione Nazionale; segue, dal giugno 1944 fino al giugno 1946, il periodo del governo luogotenenziale e della tregua istituzionale; e finalmente il periodo della Costituente, che si chiude il 1° gennaio 1948, colla entrata in vigore della Costituzione.

Il susseguirsi di questi quattro periodi non sempre si rispecchia con evidente distacco nelle fonti legislative; la distinzione di essi ha senso più sul piano politico che su quello giuridico.

Negli eventi costituzionali di questo quinquennio operarono spesso, in senso reazionario o in senso rivoluzionario, forze di fatto, il cui intervento spezzò più di una volta la continuità formale della legalità costituita. D'altra parte nei momenti più acuti della crisi il giuoco delle forze politiche non potè mai svolgersi liberamente, perchè esse dovettero per legge di guerra accettare la disciplina imposta dal governo militare alleato, la cui volontà deve essere sempre considerata come elemento preminente, anche se non sempre apparente, di tutti i compromessi costituzionali che impedirono o rinviarono soluzioni più nette e più definitive.

E non si deve dimenticare tra i fattori determinanti di questa singolare evoluzione, la tormentosa lentezza con la quale si svolse la guerra di liberazione (2): la quale, impiegando per risalire dal sud al nord quasi due anni, impedì la formazione immediata di un governo stabile e omogeneo che esprimesse fin da principio la fusione di tutte le forze politiche nazionali, e rese inevitabile la adozione di un governo provvisorio a pareti elastiche e a temperatura variabile, destinato a vivere in una prolungata crisi di crescenza, e a dilatarsi via via che le nuove regioni liberate sopravvenivano a iniettare nei dibattiti il calore di climi politici diversamente arroventati e le esigenze di diverse esperienze insurrezionali e partigiane.

3. — Il periodo che va dal 25 luglio all'8 settembre 1943 può considerarsi, si è detto, come un tentativo non riuscito di restaurazione

---

(1) Cfr. MORTATI, *Costituente*, cit., pag. 136; *L'ordinamento della funzione legislativa fra l'entrata in vigore della nuova Costituzione e la convocazione del nuovo Parlamento*, in *Giur. it.*, 1948.

(2) Cfr. relazione dell'on. ORLANDO, nella seduta 7 marzo 1946 della Consulta Nazionale.

monarchica. Quantunque fino agli ultimi anni del fascismo allo stato italiano fosse rimasta attaccata l'etichetta statutaria, in realtà durante il ventennio fascista non solo erano state soppresse tutte quelle disposizioni dello Statuto che garantivano le libertà fondamentali dei cittadini, ma gli stessi organi costituzionali, anche se in apparenza conservati, erano stati vuotati delle antiche funzioni; anche la monarchia, se pur mantenuta di nome, si era ridotta ad essere una specie di permanente luogotenenza della dittatura (1).

Il colpo di stato del 25 luglio 1943, col quale il re fece imprigionare il « primo ministro » sulla soglia della reggia mentre usciva da un'udienza alla quale egli stesso l'aveva invitato (2), fu fatto apparire, al primo annunzio, come indirizzato al generoso fine di liberare l'Italia dal fascismo: così, messo a confronto coi tradizionali colpi di stato dei quali i sovrani del secolo XIX° si servivano per rinnegare la costituzione e per tornare all'assolutismo, questo apparve da principio come un inusitato colpo di stato alla rovescia, quasi un atto rivoluzionario, destinato ad abbattere la tirannia e a restituire al popolo le libertà costituzionali. Ma in realtà subito fu chiaro che i fini di quell'atto dovevano esser ricercati più nell'interesse della dinastia che nel bene del popolo: si trattava di salvare la dinastia dalle responsabilità della sconfitta, tentando di scaricarle tutte sulla persona del dittatore caduto in disgrazia, e insieme di restituire alla monarchia una supremazia effettiva sul fascismo che doveva rimanere ai suoi ordini. Gli atti del governo presieduto dal maresciallo Badoglio, chiamato dal re a formare il nuovo ministero dopo l'arresto del dittatore, dimostrarono che il monarca intendeva limitarsi alla abolizione formale degli istituti più malfamati e più compromettenti dell'ordinamento fascista (3), ma che per il resto non intendeva di aprire la strada agli antifascisti (ancora considerati come « sovversivi ») nè di disturbare la classe politica di parassiti formatasi in un ventennio, volendo a tutti i costi evitare che, se si fosse permesso il processo al fascismo, questo si trasformasse, come era fatale, in un processo alla dinastia. Nel proclama del 25 luglio col quale il re annunciò agli italiani il colpo di stato, la saggezza della sua politica interna era tutta in que-

---

(1) CALAMANDREI, *La funzione parlamentare sotto il fascismo*, nel volume *Il centenario del Parlamento*, Roma, 1948, p. 27-28 dell'estratto; cfr. anche RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Parte I (ed. 1947), p. 225.

(2) Sugli immediati precedenti del colpo di stato, cfr. BONOMI, *Diario di un anno* (pubbl. nel 1947), dall'inizio a p. 40.

(3) Cfr. r. d. l. 2 agosto 1943 n. 705 che sciolse la Camera dei Fasci e delle Corporazioni; r. d. l. di pari data, n. 706, che soppresse il Gran Consiglio, abrogando tutte le leggi ad esso relative: si noti che nelle premesse di questi decreti erano richiamate, come sempre in vigore, le precedenti leggi fasciste.

sta frase: « nessuna recriminazione può essere consentita »; come nel proclama di pari data, col quale il maresciallo annunciò di aver assunto il governo con pieni poteri, l'audacia della sua politica estera era tutta in quest'altra frase: « la guerra continua » (1).

L'illusione della monarchia, la quale, dimenticando l'esistenza del popolo italiano, aveva creduto che bastasse imbiancare la facciata dell'edificio costituzionale per far credere rimesse in vigore dietro di essa le istituzioni statutarie, compreso il principio della irresponsabilità regia, (illusione documentata dal dec. n. 705 del 2 agosto 1943, col quale, sciolta la Camera dei Fasci e delle Corporazioni, si prometteva di tornare « nel termine di quattro mesi dalla cessazione dell'attuale stato di guerra » alla Camera dei deputati elettiva, secondo lo Statuto) andò di pari passo colla illusione dei componenti del Gran Consiglio, i quali coll'ordine del giorno del 24 luglio avevano creduto che bastasse toglier di mezzo la persona del primo gerarca, per poter salvare la restante gerarchia dietro lo schermo della così detta « opposizione fascista ». In realtà monarchia e dittatura costituivano ormai un unico neoplasma morboso condannato a morte, nel quale era impossibile scindere l'organismo malato dal morbo che lo inquinava; l'una e l'altra, come avevano vissuto, così dovevano fatalmente perire insieme. E il giorno in cui il fascismo cadde, dietro di esso non si trovò altro che il vuoto costituzionale: « il diritto statutario distrutto; un governo ventennale che si prefisse di distruggere tutto e ci riuscì ammirevolmente, sicchè non restò nulla in piedi » (2). Il colpo di stato del 25 luglio ebbe pertanto un effetto puramente negativo: rivelò il crollo del fascismo, ma non riuscì a risuscitare i fantasmi delle istituzioni statutarie. I « quarantacinque giorni » che terminarono coll'armistizio e colla fuga del monarca da Roma, rimarranno nella storia come un esempio insuperabile di impotenza governativa e di pavida abulia costituzionale.

4. — Segue, dall'armistizio dell'8 settembre 1943 (3) fino alla liberazione di Roma (4 giugno 1944), il periodo più tragico e più caotico: quello in cui è più difficile rintracciare nel generale sconvolgimento qualche filo costituzionale che ricolleghi il passato all'avvenire.

L'Italia è divisa anche materialmente in due parti dalla guerra (4): su ciascuno di questi due tronconi impera, per legge militare, l'auto-

---

(1) Il testo di questi due proclami in BONOMI, *op. cit.* p. 36-37.

(2) ORLANDO, discorso del 9 marzo 1946 alla Consulta nazionale.

(3) Cfr. RANELLETTI, *Ist.*, cit., p. 176

(4) « *Quando l'Italia era tagliata in due* » si intitola il diario di Benedetto CROCE pubblicato nei *Quaderni della Critica*, che citeremo più avanti.

rità di un diverso esercito occupante. Ma, al di sotto dell'occupazione, continua, soffocata dal peso della guerra ma per questo più angosciosa e più serrata, la lotta sotterranea tra i residui del vecchio regime in dissoluzione e un nuovo ordine popolare che prende coscienza di sè.

Chi riesca a considerare la situazione dell'Italia in questo periodo col freddo distacco del costituzionalista, crede di scorgervi la riprova pratica della teoria del Romano sulla pluralità degli ordinamenti giuridici; anzi qualche cosa di più, cioè addirittura la lotta tra molteplici ordinamenti concorrenti o cozzanti tra loro, apertamente o clandestinamente, sullo stesso territorio, ciascuno rivendicando per sè il titolo di legittimità e di continuità costituzionale. Al di sotto della guerra internazionale degli eserciti e dei loro bandi militari, si combatte nel sottosuolo giuridico la guerra interna tra la legalità che declina e quella che sorge.

Mentre al nord gli ultimi fascisti si mettevano al soldo dei tedeschi, accettando di diventare, sotto la denominazione di « repubblica sociale » (1), un ufficio di polizia e di spionaggio dell'esercito invasore, al sud il fascismo si dissolveva al primo urto come la carogna putrefatta della famosa novella di Poe; e vi rimaneva *di fatto* la dinastia raminga, che dopo aver fatto il vuoto intorno a sè e aver lasciato senza combattere Roma in mano ai tedeschi, si appoggiava a un drappello di generali senza esercito e ad un scialbo governo d'affari, privo di qualsiasi base politica e confinato in una sede periferica, che fu prima Brindisi e poi Salerno, ma che si chiamò nei primi tempi, con enfasi involontariamente ironica, « Comando Supremo » (2).

Ma, di fronte alla dinastia, « unica istituzione... *fisicamente* sopravvissuta » (3), una nuova forza sorgeva a rivendicare il suo diritto di rinnovare liberamente le proprie istituzioni: la volontà del popolo italiano, espressa dalla coalizione dei partiti antifascisti.

L'azione dei partiti politici nel periodo che va dal crollo del fascismo fino all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana fu di importanza sempre rilevante, spesso decisiva; essi giunsero ad assumere in certe occasioni, nella carenza degli organi costituzionali, funzioni primarie e immediate di governo. Ma il loro intervento ebbe natura e intensità differente nei diversi momenti e nelle diverse regioni.

---

(1) Sugli aspetti costituzionali di questo ordinamento, cfr. RANELLETTI, *Ist.* cit. (1947), n. 146.

(2) Tutti gli atti del governo Badoglio, a partire dal 30 ottobre 1943 fino al 12 febbraio 1944 appaiono dati dal « Comando Supremo »; il r. d. l. 25 febbraio 1944 n. 63 è il primo che appare dato da Salerno. Sulla forma degli atti legislativi del governo in questo periodo, cfr. i r. d. 30 ottobre 1943, n. 1/B e n. 2/B, e r. d. l. 8 dicembre 1943, n. 11/B. Cfr. RANELLETTI, *op. cit.*, n. 148.

(3) ORLANDO, discorso del 9 marzo 1946 alla Consulta.

Vissuti o ricostituiti clandestinamente prima del 25 luglio, i partiti antifascisti, che dopo il colpo di stato avevano potuto ricominciare in tutta Italia e specialmente in Roma ad accordarsi tra loro e a far sentire pubblicamente le loro voci (e ciò quantunque la loro ricostituzione non fosse stata ancora legalmente permessa, e fosse ancora vietata la stampa di partito), si trovarono dopo l'8 settembre in situazioni profondamente diverse nelle due zone in cui l'Italia fu divisa dalla guerra. Mentre nel territorio liberato dell'Italia del sud, ove la autorità effettiva era in mano del governo militare alleato, essi poterono vivere apertamente, ma dovettero per molti mesi limitarsi alla polemica verbale contro quel fantasma di governo monarchico che gli alleati avevano lasciato in piedi e che dal loro beneplacito traeva ogni autorità, nell'Italia del nord ancora occupata dai tedeschi, e per loro conto dal fascismo « repubblicano », i partiti antifascisti dovettero necessariamente tornare alla lotta clandestina: e furono le necessità di questa lotta in comune che li portarono a rafforzarsi e organizzarsi in una nuova istituzione di fatto che fu il governo clandestino dei Comitati di Liberazione Nazionale. L'idea e il nome nacquero in Roma il 9 settembre 1943, giorno successivo a quello dell'armistizio: sotto la presidenza di Ivanoe Bonomi i rappresentanti dei sei partiti antifascisti (liberali, democristiani, democratici del lavoro, partito d'azione, socialisti, comunisti) che dopo il 25 luglio si erano incontrati in un comitato d'intesa politica, approvarono all'unanimità una risoluzione secondo la quale « nel momento in cui il nazismo tenta ristaurare in Roma e in Italia il suo alleato fascista, i partiti antifascisti si costituiscono in *Comitato di Liberazione Nazionale* per chiamare gl'italiani alla lotta e alla resistenza e per riconquistare all'Italia il posto che le compete nel consesso delle libere nazioni » (1).

Da questo inizio la istituzione rapidamente si diffuse in tutta l'Italia del centro e del nord: in ogni città, in ogni paese, sfidando le vendette dei tedeschi e dei fascisti occupanti, si formarono organi di coalizione tra i rappresentanti dei vari partiti antifascisti, cogli stessi scopi e colla stessa formazione di quello centrale; e rapidamente si riunirono nelle montagne dell'Italia centrale e settentrionale le prime bande partigiane che, col durar della guerra, si aggregarono in formazioni sempre più vaste fino a raggiungere la importanza di un corpo organizzato di volontari (C.V.L.) (2). Il Comitato di Liberazione Nazionale, sorto come organo unico e centrale per dirigere da Roma la

---

(1) Cfr. Bonomi, *op. cit.*, p. 100.

(2) Cfr. nella Appendice alla *Enc. Italiana*, vol. II (1949), v. *Resistenza;* alla bibliografia ivi citata si può aggiungere ora Bianco, *La guerra partigiana in Piemonte*, sul *Ponte*, 1949, n. 8-9. Cfr. anche più avanti, nota 1 pag. 304.

lotta di liberazione, fu seguito dal moltiplicarsi in tutta l'Italia ancora invasa dai tedeschi di Comitati regionali e locali ricalcati sul suo modello, coordinati fra loro ma operanti ciascuno nel proprio territorio, con proprie iniziative e con diversa energia secondo le diverse esigenze della guerra nelle varie zone. Si può così parlare in questo periodo di una specie di federazione clandestina di Comitati di Liberazione, che, quanto più la durata della guerra si protraeva oltre il previsto, assumevano sempre più, specialmente al nord, l'importanza e la funzione di un governo provvisorio e di un comando di guerra esercitante effettivi poteri militari e civili nella condotta della guerra partigiana e nella organizzazione della resistenza civile (1).

In questo modo il fatto predominante della guerra guerreggiata sul territorio italiano fece passare in testa a tutte le altre esigenze quella della effettiva partecipazione degli italiani alla liberazione del loro paese; ma insieme impedì che al crollo della monarchia fascista potesse immediatamente seguire la instaurazione definitiva di un governo liberamente scelto dal popolo. La soluzione della crisi costituzionale interna si trovò in questo modo necessariamente rinviata; mentre al nord tutte le forze rivoluzionarie erano concentrate e tese nella guerra partigiana, al sud il governo militare alleato non permetteva, fino a che la guerra continuasse, soluzioni definitive contro la dinastia, che ancora si illudeva temporeggiando di poter conservare il trono.

5. — La prima premessa per arrivare ad una soluzione costituzionale provvisoria destinata a durare fino alla liberazione di tutta l'Italia, fu posta colla dichiarazione di guerra che il 13 ottobre 1943 il governo Badoglio notificò alla Germania: in seguito alla quale i governi alleati, considerando da allora l'Italia come « cobelligerante » al loro fianco, dettero al governo monarchico (la cui permanenza era da loro voluta come garanzia di continuità giuridica e di osservanza dell'armistizio da esso firmato) un provvisorio riconoscimento, accompagnato però dalla seguente dichiarazione: « I tre Governi prendono atto della promessa fatta dal Governo italiano di rimettersi alla volontà del Popolo italiano dopo che i tedeschi saranno cacciati dall'Italia ed è inteso che nulla potrà farli prescindere dal diritto assoluto del Popolo italiano di decidere, senza influenze esterne e per le vie costituzionali, sulla forma

---

(1) Cfr. *Documenti ufficiali del Comitato di Liberazione Nazionale per l'Alta Italia* (Milano, 1945); GRECO, *L'opera del Comitato piemontese di liberazione*, in *Il Ponte*, 1949, n. 8-9; DELLE PIANE, *La funzione storica dei Comitati di Liberazione Nazionale* (Firenze, 1946); MORTATI, *Costituente*, p. 138; cfr. anche *Il Ponte*, fascicolo speciale, novembre-dicembre 1947.

democratica di governo che esso vorrà eventualmente avere ». La stessa assicurazione fu ribadita dalla conferenza di Mosca dell'ottobre 1943: « Resta inoltre inteso che nulla di questa dichiarazione potrà influire sul diritto del Popolo italiano di scegliersi in ultima analisi la sua propria forma di governo » (1).

Rinviata così a dopo la fine della guerra la soluzione definitiva della crisi costituzionale, si trattava intanto di trovare tra il governo monarchico provvisoriamente appoggiato sulla volontà degli alleati e le forze antifasciste che rifiutavano di collaborare con la monarchia (da esse considerata come prima responsabile del fascismo e della catastrofe in cui questo aveva trascinato l'Italia, e come giuridicamente decaduta da ogni diritto) un *modus vivendi* temporaneo, che permettesse a tutti gli italiani di trovarsi provvisoriamente uniti e concordi per combattere contro il nemico comune.

Gli inviti rivolti dal maresciallo Badoglio ad alcuni autorevoli esponenti dell'antifascismo di entrare a far parte del suo ministero furono respinti: come prima condizione della partecipazione al governo si esigeva l'abdicazione del re e del figlio, col conseguente passaggio della Corona al piccolo nipote sotto una reggenza. Ma mentre nell'Italia del sud i partiti antifascisti accentuavano soprattutto questa repugnanza contro la persona del sovrano indegno (anche il congresso dei partiti antifascisti che si tenne a Bari alla fine del gennaio 1944 mise in primo piano la richiesta di abdicazione del re, che era sempre più ostinato a respingerla, incoraggiato in un primo tempo in questa sua ostinatezza dagli alleati e specialmente dagli inglesi) (2), da Roma il Comitato di Liberazione Nazionale, che sia pure con difficoltà riusciva a mantenere i contatti col sud attraverso le linee, avvertiva il pericolo di una immediata soluzione personale che potesse in ultima analisi risolversi in una specie di purificazione e quindi in un rafforzamento dell'istituto monarchico, e insisteva piuttosto sulla necessità di ottenere subito un solenne impegno per la convocazione alla fine della guerra di una assemblea costituente pienamente sovrana; e intanto come soluzione provvisoria da adottarsi appena fosse stata liberata Roma, auspicava la formazione di un governo straordinario di coalizione antifascista, che, accantonata la questione istituzionale, potesse provvedere con pieni poteri alle più urgenti esigenze della guerra, e, colla cessazione di questa, alla indizione dei comizi per la Costituente. (Ma anche sulla forma da dare a questo governo straordinario

---

(1) Cfr il discorso alla Consulta nella seduta del 7 marzo 1944 dell'on. Nenni, ministro per la Costituente.

(2) Cfr. Croce, *Diario* cit., 23 febbraio 1944, in *Quaderni della Critica*, n. 8 p. 114.

vi erano, tra i partiti antifascisti, alcune divergenze: mentre secondo alcuni esso non era inconciliabile colla temporanea continuità della forma monarchica, secondo altri esso richiedeva una specie di vacanza istituzionale, durante la quale la monarchia, in attesa della decisione della Costituente, doveva essere « relegata fuori d'ogni formale ingerenza nella vita dello Stato ») (1).

Soltanto ora, via via che quel tempo si allontana, si può cogliere sempre più nettamente qual era il punto giuridico che veramente contava in questi dibattiti. La monarchia, dopo il r. d. l. del 2 agosto 1943 n. 705, col quale si era impegnata di provvedere, nel termine di quattro mesi dalla cessazione della guerra « alla elezione di una nuova Camera dei deputati e alla conseguente convocazione ed inizio della nuova legislatura » (nulla dicendo del Senato, che evidentemente doveva rimanere immutato) aveva fatto un altro passo: in una lettera del 21 ottobre 1943 indirizzata al generale Mac Farlane, vice presidente della Commissione alleata di controllo (resa pubblica dal *Risorgimento* di Napoli del 20 marzo 1944) (2), aveva proposto che alla stessa Camera dei deputati, da eleggersi a norma del decreto sopra ricordato, si demandasse « la libera discussione delle istituzioni e delle loro riforme ». Il giuoco era palese: la monarchia, invitando i partiti antifascisti a collaborare col governo Badoglio e a contentarsi di questa promessa di nuove elezioni, mirava a trascinarli *sul terreno statutario*: a ottenere cioè da parte di essi un riconoscimento formale di continuità costituzionale tra la monarchia rappresentativa dello Statuto albertino e questo « governetto di Brindisi » (come fu chiamato), come se questa continuità non fosse stata spezzata dal ventennio fascista. Se i partiti antifascisti si fossero lasciati prendere da questo giuoco, ciò avrebbe permesso alla dinastia di sostenere a guerra finita che il patto tra re e popolo non era mai venuto meno, che la monarchia era ancora il solo governo legale dell'Italia, che essa era coperta dal principio statutario della irresponsabilità regia, e che la discussione sulle « riforme » da apportarsi alle istituzioni doveva esser fatta nei modi consentiti dallo Statuto e nei limiti di esso, cioè al solo limitato scopo, come nella legge sarda dell'11 luglio 1848, di accettare « ... una nuova monarchia costituzionale con la dinastia dei Savoia » (3).

I partiti antifascisti da parte loro, pur non rifiutandosi di rimandare a dopo la fine della guerra la risoluzione definitiva del problema istituzionale, cercavano (se non tutti, i più intransigenti tra essi) di

---

(1) Cfr. Bonomi, *op. cit.*, p. 164; ed ivi la precisazione del punto di dissenso nella lettera 24 marzo 1944 colla quale il B. si dimise da presidente del C.L.N.

(2) Cfr. Mortati, *Costituente*, cit. p. 141.

(3) Mortati, *Costituente*, p. 137.

trovare una soluzione provvisoria che trascinasse la dinastia *fuori del terreno statutario*: una soluzione, cioè, la quale implicasse fin d'ora da parte della dinastia il riconoscimento della irrimediabile decadenza dello Statuto, e la rinuncia ad ogni diritto che potesse essere fondato sulla pretesa sopravvivenza del medesimo; in modo che quando, alla fine della guerra, fosse venuto il momento di decidere sulle nuove istituzioni, ciò potesse avvenire senza alcuna ingerenza della dinastia, e attraverso la deliberazione di organi *nuovi*, creati dal popolo fuori da ogni collegamento o riferimento alle istituzioni rappresentative del cessato Statuto.

In questa gara tra due forze che sotto l'arbitrato degli alleati cercavano a vicenda, come nel giuoco del canapo, di trascinar l'avversario fuori dal suo campo, alla fine la vittoria restò ai partiti antifascisti: alla fine la monarchia dovè rassegnarsi ad accettare una soluzione provvisoria fuori dallo Statuto.

Ciò avvenne nell'aprile del 1944, in seguito all'arrivo a Brindisi di Palmiro Togliatti, finora fuoruscito in Russia, il quale, mettendosi a capo del partito comunista, dichiarò subito di esser favorevole a collaborare col governo Badoglio, senza porre immediate pregiudiziali, al solo preminente scopo di condurre con la massima energia la guerra contro il nazi-fascismo (1).

Questa dichiarazione spinse anche gli altri partiti antifascisti a temperare alquanto la loro intransigenza, pur senza rinunciare all'essenziale; non potendo ottenere dal re un'abdicazione formale, si accontentarono di una ingegnosa soluzione di compromesso, suggerita e portata a compimento dalla finezza di Enrico de Nicola (e questa volta, per non lasciare l'iniziativa ai comunisti, apprezzata anche dagli alleati, ai quali il re dovè piegarsi) (2): con un proclama letto alla radio di Bari il 12 aprile 1944 il re s'impegnò solennemente a ritirarsi « dalla vita pubblica in maniera definitiva e irrevocabile », e a nominare il principe ereditario « luogotenente generale » con effetto dal giorno in cui le truppe alleate sarebbero entrate in Roma. La « luogotenenza generale » avrebbe dovuto durare fino a che non potesse esser convocata una Costituente di popolo, sola competente a deliberare la nuova forma dello stato.

Questa « luogotenenza generale » irrevocabile, conferita dal re al momento in cui dichiarava di volersi ritirare definitivamente dalla vita pubblica, fu presentata abilmente come una soluzione conforme alla

---

(1) Cfr. Bonomi, *op. cit.*, p. 174 e segg.; Mortati *Costituente*, cit., 142.

(2) Tanto che nel suo proclama il re voleva inserire la frase « per pressione delle potenze alleate »; cfr. Croce, *Diario* cit. in *Quaderni della Critica*, n. 8, p. 129-132.

tradizione (che già conosceva varî casi di luogotenenza), meno impegnativa e meno grave per la monarchia della formale abdicazione; ma in realtà fu per la monarchia una soluzione anche più compromettente della formale abdicazione (1), perchè, pure avendo gli effetti negativi di questa (ritiro irrevocabile del sovrano da ogni ingerenza nella vita dello stato), non ne ebbe gli effetti positivi, consistenti nell'immediata ascesa al trono del successore. Si ebbe così una specie di vacanza della Corona, non contemplata dallo Statuto: il vecchio sovrano era sceso irrevocabilmente dal trono, ma il principe ereditario non vi era salito nè poteva salirvi per ora, perchè egli doveva rimanere semplicemente, fino al momento in cui il popolo potesse prendere decisioni definitive, luogotenente generale di un regno che non aveva più re.

La singolarità (il significato rivoluzionario, si potrebbe dire) di questa posizione, nella quale la monarchia riconosceva di essere ormai fuori del terreno statutario e si rassegnava ad attendere che la sua sorte fosse decisa dal popolo, fu subito rilevata dai più sensibili commentatori del tempo: « ... creare una luogotenenza col crisma dell'*irrevocabile* decisione del re: in altre parole si tratta di arrivare ad una abdicazione mascherata », scrisse il Bonomi nel suo diario, sotto la data del 18 aprile; e Benedetto Croce: « ... è stranamente illogica, perchè il re stabilisce un luogotenente *sine die*, e dichiara che egli si ritirerà a vita privata. Dunque di chi il luogotente? di un re che non è più re? » (2).

In seguito a questa rinuncia del re, i sei partiti antifascisti consentirono a partecipare subito al governo Badoglio, senza attendere la liberazione di Roma e l'entrata in vigore del regime luogotenenziale (3). Ebbe vita così sotto la presidenza del maresciallo Badoglio il primo governo di coalizione antifascista, al quale fu giustamente rivendicato il vanto di essere stato il primo tentativo di governo democratico dell'Italia dopo il crollo del fascismo (4). Il programma approvato nella prima riunione proclamò che « le questioni inerenti alla riforma costituzionale, compreso l'avvenire della monarchia, saranno

---

(1) Dal *Diario* del Croce si può ricostruire come avvenne che questa idea, che partì dall'on. De Nicola, prendesse piede fino ad essere accolta e imposta dagli alleati: cfr. in *Quaderni della Critica*, n. 7 p. 114 (e fin da allora Benedetto Croce avvertì che essa era un'idea dannosa all'istituto monarchico più dell'abdicazione); n. 8, p. 111 e 112, e p. 129-132.

(2) In *Quaderni della Critica*, n. 8 p. 132.

(3) R. d. 17, 22, 24 aprile 1944, pubblicati nella *Gazz. Uff.* del 29 aprile 1944, n. 23 (d. 17 aprile, accettazione di dimissioni del ministero uscente; d. 22 aprile, nuovo incarico a Badoglio e nomina dei ministri; d. 24 aprile, nomina dei sottosegretari).

(4) Croce, *Diario* cit. in *Quaderni*, n. 9, p. 128.

rimandate al momento in cui l'assemblea costituente-legislativa, liberamente eletta per suffragio universale, potrà risolvere tali problemi secondo la volontà del popolo » (delle elezioni della « Camera dei deputati » da farsi entro quattro mesi dopo la fine della guerra, non si parlava più: il terreno statutario era ormai abbandonato). Ma intanto i decreti continuavano ad essere emanati in nome del re, in attesa della liberazione di Roma, dalla quale il regime luogotenenziale doveva formalmente prendere inizio.

6. — L'accordo raggiunto nell'aprile, ebbe il suo perfezionamento legislativo nel giugno, appena liberata Roma. Il re firmò a Ravello, il 5 giugno, il decreto di nomina del luogotenente, in esecuzione dell'impegno preso il 14 aprile (1); il maresciallo Badoglio si recò a Roma a conferire col C.L.N., che all'unanimità gli espresse la necessità di procedere alla costituzione di un governo del tutto nuovo, sotto la presidenza di un uomo politico non compromesso in alcun modo col fascismo, che il C.N.L. designò nella persona dello stesso suo presidente on. Bonomi; e in seguito a ciò il maresciallo Badoglio rimise le sue dimissioni al luogotenente, il quale, accettando senza discussioni tutte le condizioni poste dal C.L.N. per la formazione di questo governo straordinario di coalizione antifascista, ne dette (8 giugno) l'incarico allo stesso on. Bonomi designato dal C.L.N. (2).

Il nuovo governo presieduto dall'on. Bonomi e formato dai ministri scelti in pari numero dai sei partiti del C.L.N. si costituì, previa approvazione degli alleati, il 18 giugno, con decreti del luogotenente, con cui questi formalmente accettava le dimissioni del ministero Badoglio e nominava il nuovo ministero Bonomi (3).

Il primo atto del nuovo governo fu il decreto legge lt. 25 giugno 1944 n. 151, il quale fu veramente l'*atto di nascita del nuovo ordinamento democratico italiano*. Come i due decreti nn. 705 e 706 del 2 agosto 1943 furono la constatazione di morte del regime fascista, alla quale era seguita, più che un nuovo stabile ordinamento giuridico, una fase fluida, un contrasto di forze politiche in cerca di un nuovo assestamento, così il d.l.lt. 25 giugno 1944 n. 151 segnò il provvisorio equilibrio raggiunto tra queste forze politiche e il primo atto di quella ricostruzione costituzionale dalla quale doveva nascere la Repubblica italiana.

---

(1) R. d. 5 giugno 1944 n. 140: questo è l'ultimo decreto regio della legislazione italiana nel quale sia stata adoperata la formula « ... per grazia di Dio e per volontà della Nazione re d'Italia ».

(2) Bonomi, *op. cit.*, p. 195-198.

(3) Decreti luogotenenziali 18 giugno 1944, pubbl. nella *Gazz. Uff.* serie speciale del 5 luglio 1944 n. 38.

Il decr. l. lt. 25 giugno 1944 n. 151 fu infatti la costituzione provvisoria che doveva reggere e resse l'Italia fino alla convocazione dell'Assemblea costituente, per mezzo di quel governo che per questo si chiamò « precostituente »; esso non fu, come qualcheduno durante il periodo elettorale tentò poi di fare apparire, come la continuazione e per così dire la proroga della monarchia statutaria, riuscita a rimanere al suo posto coll'espediente della luogotenenza; fu un ordinamento *nuovo*, che aveva ormai rotto ogni continuità costituzionale col regime precedente, e nel quale la monarchia non poteva più vantare altro che aspettative di fatto, non già diritti fondati sul « patto tra re e popolo », che essa aveva rotto e la cui decadenza aveva reso al popolo la sua piena sovranità. Il « regime luogotenenziale » fu il prologo del nuovo ordinamento repubblicano, non l'epilogo del vecchio regime monarchico (1).

I punti essenziali dell'atto che dette inizio al « regime luogotenenziale » furono i seguenti:

a) impegno di deferire la scelta delle forme costituzionali al popolo italiano, *al solo popolo italiano* (senza più alcuna ingerenza della monarchia), « che a tal fine eleggerà, a suffragio universale diretto e segreto, una Assemblea Costituente per deliberare la nuova Costituzione dello Stato ». La convocazione di tale assemblea doveva avvenire però « dopo la liberazione del territorio nazionale »: i modi e le procedure della sua convocazione dovevano essere stabilite con successivo provvedimento (art. 1);

b) impegno dei ministri (e quindi, sotto l'aspetto politico, dei sei partiti antifascisti da essi rappresentati) e reciprocamente del luogotenente, di « non compiere fino alla convocazione dell'Assemblea Costituente atti che comunque pregiudichino la soluzione della questione istituzionale » (cosiddetta « tregua istituzionale »: art. 3);

c) potere legislativo demandato al Consiglio dei Ministri, ed esercitato mediante « decreti legislativi... sanzionati e promulgati dal luogotenente generale » (art. 3). Si trattava di un procedimento legislativo del tutto nuovo e non ricollegantesi col precedente ordine costituzionale: questi « *decreti legislativi luogotenenziali* » non avevano il carattere nè di leggi delegate, perchè mancava una autorità delegante, nè di decreti-legge, perchè non era richiesta per la loro emanazione la sussistenza di speciali ragioni d'urgenza nè erano soggetti ad esser presentati ad altri organi per la loro conversione in legge.

---

(1) Cfr. MORTATI, *Costituente*, cit., p. 146 e segg.; CALAMANDREI, *Nel limbo istituzionale*, sul n. 1 del *Ponte*, aprile 1945 [e in questo volume delle *Opere*, *supra*]; e il discorso del medesimo alla Consulta, seduta dell'8 marzo 1946.

La verità è che tutto questo congegno costituzionale provvisorio era fondato sulla necessità: nella impossibilità di ricostruire, finchè durava la guerra in Italia, un governo rappresentativo che fosse espressione di libere elezioni popolari, un certo carattere rappresentativo fu riconosciuto al governo uscito dal C.L.N. perchè si considerò che, dietro i sei partiti antifascisti di cui il C.L.N. era espressione, si raggruppava in quel momento la gran maggioranza delle forze politicamente vive nel Paese. Così, non potendosi in questo momento organizzare il popolo in corpo elettorale, i sei partiti tennero il luogo degli elettori, concorrendo alla formazione del governo di coalizione in condizioni di parità, con un ugual numero di rappresentanti designati da ciascuno di essi (tanto che questo governo fu detto dell'*esarchia*). Fu questo uno dei periodi in cui i partiti assunsero funzioni quasi costituzionali: appoggiato su di essi il governo fu provvisoriamente, in luogo del Parlamento, organo legislativo primario, le cui deliberazioni, colla sanzione e la promulgazione del luogotenente, diventavano leggi allo stesso modo che, sotto l'ordinamento statutario, diventavano leggi, con la sanzione regia, le deliberazioni delle Camere legislative (1). Non essendovi un Parlamento il governo non poteva essere rovesciato da un voto di sfiducia; ma, trattandosi di un governo di coalizione, le crisi potevano derivare (e se ne ebbe più d'una) dai dissensi che potevano insorgere tra i partiti coalizzati (2).

Il carattere straordinario e provvisorio di questo ordinamento trovava conferma anche in altre disposizioni. La concentrazione del potere legislativo nel governo doveva durare « finchè non sarà entrato in vigore il nuovo Parlamento » (art. 4). Come e quando questo ipotetico « Parlamento » dovesse essere convocato, e se si dovesse identificare colla Assemblea Costituente di cui parlava l'art. 1, non era precisato: ma certo non poteva identificarsi colla vecchia Camera dei deputati quale esisteva prima del fascismo, perchè l'art. 2 espressamente abrogava il decr. del 2 agosto 1943 con cui il re, subito dopo il colpo di stato, aveva promesso, nel tentativo di riesumare l'ordinamento statutario, di ricostituirla.

Anche la denominazione adottata per indicare il capo dello Stato era, nella sua astrattezza, sintomatica: non si diceva più, come avreb-

---

(1) La natura di questi provvedimenti legislativi è stata poi analizzata colla consueta precisione ed acutezza da Gaetano Azzariti, nel suo saggio *Leggi ordinarie e leggi costituzionali nelle loro forme recenti*, in *Foro it.*, 1947, IV, § III.

(2) Prima della convocazione della Costituente si ebbero quattro ministeri: il primo min. Bonomi (18 giugno-11 dicembre 1944); il secondo min. Bonomi (12 dicembre 1944-20 giugno 1945); il min. Parri (21 giugno-9 dicembre 1945); il min. De Gasperi (dal 10 dicembre 1945).

be dovuto dirsi propriamente se si fosse voluto indicare il sostituto temporaneo di un sovrano ancora sul trono, luogotenente generale *del re*, ma si diceva « luogotenente generale *del Regno* », quasi per far intendere che dietro a questo mandatario la persona del mandante non c'era più, e che egli era soltanto lo schermo provvisorio di una vacanza istituzionale, che doveva cessare solo colla Costituente; il che trovava conferma nell'art. 3, secondo il quale i ministri, nell'assumere il loro ufficio, invece di giurare fedeltà al re o al suo luogotenente, dovevano giurare soltanto « di esercitare la loro funzione nell'interesse supremo della nazione ». Si noti che una certa discordanza, a proposito della denominazione, è rilevabile tra il d. l. lt. del 25 giugno che parla di luogotenenza generale *del Regno*, e certe espressioni del r. decr. del 5 giugno, nel quale il monarca, al momento di trasmettere i suoi poteri al figlio, adoprava frasi ambigue che tendevano a farlo apparire come luogotenente *del re* (1). Ma non par dubbio che, anche se il monarca con quelle frasi avesse inteso di ridurre la portata della sua rinuncia e di qualificare il luogotenente come suo rappresentante *personale*, temporaneamente delegato a esercitare i poteri di un re *ancora sul trono*, la vera figura della luogotenenza poteva in ogni caso desumersi soltanto dal decr. del 25 giugno, perchè fu questo l'atto rivoluzionario che dette vita al nuovo ordinamento costituzionale provvisorio, nel quale il luogotenente consentì di entrare non come rappresentante di un re ancora sul trono, ma come un organo nuovo, creato da quell'ordinamento, e avente in esso, e non nello Statuto o nella volontà del vecchio re, il suo unico titolo di temporanea legittimazione (2).

E' facile rilevare la estrema schematicità ed incompiutezza di questo ordinamento « precostituente », il quale si esauriva nei pochi impegni costituzionali indispensabili per governare l'Italia in un periodo, che si sperava brevissimo, di forzata attesa; mentre ogni soluzione definitiva e compiuta doveva essere rimessa alla Costituente, dalla quale, mediante ratifica, anche questo governo provvisorio doveva trarre la sua legittimità (3).

Ma il periodo di attesa durò assai più del previsto: la guerra continuò ancora per quasi un anno, e un altro anno dovè passare

---

(1) RANELLETTI, *Ist.*, cit., p. 220.

(2) MORTATI, *Decisione costituente e continuità dello Stato*, in *Politica d'oggi*, 1946, p. 3.

(3) L'art. 6 del d. 25 giugno 1944 stabiliva che esso doveva essere « presentato *alle Assemblee legislative* per la conversione in legge ». Quali fossero le « assemblee legislative » alle quali questo art. 6 alludeva, non è facile intendere: forse il « nuovo Parlamento », di cui parlava l'art. 4? (cfr. ORLANDO, discorso 9 marzo 1946 alla Consulta). La ratifica, in ogni modo fu data colla disposizione transitoria n. XV della nuova Costituzione.

prima che la Costituente potesse essere convocata; e nel logorante indugio di due anni questo ordinamento provvisorio, che avrebbe funzionato bene se il suo compito avesse potuto esaurirsi in poche settimane, rivelò tutte le sue manchevolezze, e dette luogo, nelle varie crisi governative che si susseguirono secondo l'evolversi degli avvenimenti militari e della politica internazionale ed interna, a dibattiti nei quali necessariamente l'aspetto politico faceva tutt'uno con l'aspetto costituzionale: come quando, dopo le dimissioni del primo ministero Bonomi avvenute nel dicembre del 1944, si discusse se la designazione del nuovo ministero dovesse partire dal luogotenente o dal C.L.N.; o come quando, dopo la liberazione dell'Italia del nord avvenuta nell'aprile del 1945, si trattò di regolare i rapporti e la fusione tra il governo e il Comitato di Liberazione Nazionale dell'Alta Italia (C.L.N.A.I.) (1).

Il protrarsi oltre il previsto di questo ordinamento provvisorio « precostituente » fece sentire la necessità di integrarlo, in attesa della ancora lontana convocazione dell'Assemblea Costituente, con un'altra assemblea a tipo parlamentare, che pur non potendo essere elettiva, fosse però espressione democratica delle forze vive, politiche e culturali, esistenti nel paese, e rendesse possibile, com'ebbe a dire il Consiglio dei Ministri nella seduta del 21 dicembre del 1944, di « far collaborare all'azione del Governo tutte le esperienze e tutte le competenze ». Così fu istituita, con decreto legislativo luogotenenziale 5 aprile 1945 n. 146 la *Consulta Nazionale*, la quale, attraverso una serie di provvedimenti legislativi che ne regolarono la composizione e il funzionamento (2), risultò alla fine composta di 430 consultori, nominati dal governo (nel quale era stato creato un apposito Ministero della Consulta) *a*) su designazione dei maggiori partiti politici (non

---

(1) Il riconoscimento ufficiale dell'opera svolta dal C.L.N. e dai partigiani dell'Italia settentrionale si ebbe in una dichiarazione del Consiglio dei ministri del 20 aprile 1945, e in un comunicato del 27 aprile 1945 dell'Ufficio Stampa della Presidenza del Consiglio in cui era detto: « in conformità degli accordi presi fra il Comando alleato e il Governo italiano d'intesa con il Comitato di Liberazione Nazionale dell'Alta Italia, nell'intervallo fra l'uscita e la resa delle truppe tedesche e l'ingresso degli Alleati, il solo governo legittimo è rappresentato dal Comitato di Liberazione Nazionale dell'Alta Italia ». A decorrere dal 1 giugno 1945, il governo militare alleato assunse tutti i poteri, disponendo che i decreti e le ordinanze fino allora emanate dal C.L.N.A.I. avrebbero cessato di avere effetto legale dal momento in cui fossero stati sostituiti da ordinanze dell'A.M.G., del quale, da quel momento i Comitati di liberazione sarebbero stati organi consultivi. Cfr. RANELLETTI, *op. cit.*, n. 147; cfr. anche MAURIZIO (F. PARRI), *Il movimento di Liberazione e gli Alleati*, nella rassegna *Il Mov. di L. in Italia*, 1949, I, p. 7.

(2) D. d. l. lt. 30 aprile 1945 n. 168; 12 luglio 1945 n. 422; 31 agosto 1945 n. 539; cfr. RANELLETTI, *Ist.*, cit., n. 151-156.

solo dei partiti dell'« esarchia », ma anche di altri rimasti fuori del governo); *b*) fra gli ex parlamentari antifascisti; *c*) fra gli appartenenti a varie categorie di organizzazioni sindacali, culturali, e di reduci e partigiani (1). La funzione della Consulta fu quella di dare pareri sui problemi generali e sui provvedimenti legislativi che ad essa venissero sottoposti dal governo, il quale aveva l'obbligo di sentirla in ogni caso sui progetti di bilanci e sui rendiconti consuntivi, in materia d'imposte e sulle leggi elettorali. Per assolvere questi compiti la Consulta, oltre che riunirsi in assemblea plenaria, quando il Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro della Consulta la convocasse, era suddivisa in dieci commissioni, fra le quali si ripartiva l'esame di ogni possibile materia in relazione alla attività governativa.

La Consulta iniziò i suoi lavori in seduta plenaria il 25 settembre 1945 e li continuò, in sedute di assemblea o di commissione, fino alla vigilia delle elezioni per la Costituente, chiudendoli colla memorabile discussione durata tre giorni (dal 7 al 9 marzo 1946) sulla proposta di referendum istituzionale. Pur non essendo un vero Parlamento, perchè i suoi componenti non erano eletti dal popolo e le sue deliberazioni avevano valore consultivo e non vincolante, la Consulta ebbe, per il metodo dei suoi lavori, per la sua sede a Montecitorio, per l'altezza e la risonanza delle sue discussioni, stile e dignità parlamentare e ispirazione democratica: il suo contributo fu notevole non soltanto nell'elaborazione tecnica delle leggi ordinarie di questo periodo, ma anche nella discussione politica dei problemi costituzionali relativi alla preparazione della Costituente: sicchè nella storia di questo periodo transitorio essa potè essere considerata come « assemblea precostituente » (2).

7. — Le manchevolezze e le lacune dell'ordinamento provvisorio si rivelarono specialmente quando, conclusa la guerra di liberazione, il governo dovè affrontare il problema, rimandato fino a quel momento, di stabilire, com'era previsto dall'ultimo comma dell art. 1 del decreto 25 giugno 1944, « i modi e le procedure » dell'Assemblea Costituente. Il compito era così essenziale, che si ritenne necessario istituire, per predisporre i lavori parlamentari e dare impulso ai neces-

(1) D. l. lt. 31 luglio 1945 n. 433; d. l. lt. 22 dicembre 1945 n. 826.

(2) Sulla Consulta, cfr. il volume pubbl. a cura del Segretariato della Camera dei deputati il 31 dicembre 1948, *La Consulta Nazionale (25 settembre 1945-1 giugno 1946)*; Finocchiaro Aprile (E.), *La Consulta Nazionale*, in *Nuova Antologia*, gennaio 1949; Sforza, *La Consulta Nazionale*, in *Il Ponte*, 1946, n. 5. Delle discussioni della Consulta sono stati pubblicati i resoconti ufficiali: cfr. le indicazioni alla fine della presente Introduzione.

sari provvedimenti legislativi, un apposito Ministero, che fu detto « Ministero della Costituente » (1).

La Costituente proclamata da quel decreto doveva essere una costituente di popolo, pienamente sovrana; la formula adoprata dall'art. 1 era chiara « le forme istituzionali saranno scelte dal popolo italiano che a tal fine eleggerà... una Assemblea Costituente... »; ogni ingerenza di altre forze politiche, che non fossero quelle espresse dalle elezioni popolari, doveva essere esclusa; ogni legame colle istituzioni del passato doveva essere rotto. Se durante la tregua istituzionale un ultimo filo di collegamento col passato potevasi ancora ravvisare nel potere, riservato al luogotenente, di partecipare con la sua sanzione alla formazione delle leggi, anche questo residuo formale doveva venir meno con la convocazione della Costituente, nella quale dovevano concentrarsi a titolo originario tutti i poteri della sovranità, in modo che le strade ad ogni possibile soluzione istituzionale fossero ugualmente libere ed aperte, e poste, per il popolo che doveva scegliere, in condizione di iniziale indifferenza.

Ma questa, che nel giugno 1944 pareva una conquista irrevocabile, diventò a lungo andare motivo di dubbi e di riserve. Questo biennio di attesa, interposto tra la proclamazione della Costituente e la sua convocazione (tanto che si potè parlare scherzosamente di Costituente « a scoppio ritardato »!) aveva inevitabilmente rallentato la coalizione dei partiti antifascisti e attenuato la loro forza d'urto: e già riaffioravano le nostalgie del passato e le velleità di chi ricominciava a sperare che la sconfitta del fascismo non fosse definitiva. Tutto questo fu per il primo anno la conseguenza fatale ed inevitabile del protrarsi della guerra; ma successivamente, per un altro anno ancora, fu l'effetto di una certa tattica rallentatrice seguita dalle autorità militari alleate, le quali, anche quando le provincie dell'Italia settentrionale furono tornate sotto l'amministrazione italiana (2), continuarono a sindacare, fino alla firma del trattato di pace, tutti gli atti di politica interna da cui doveva uscire il definitivo assestamento dell'Italia.

Fu in questo periodo di attesa e di inquietudine che tornò a riaffiorare, col favore degli alleati che vedevano in ciò una garanzia di osservanza degli impegni portati dall'armistizio e anche una remora contro le soluzioni estreme, il dogma della « continuità giuridica », di cui, anche dopo l'entrata in vigore della nuova Costituzione, si sono avvertiti, specialmente nella giurisprudenza, gli effetti non sempre benefici e spesso in contrasto con la realtà politica.

---

(1) Fu istituito sotto il Ministero Parri, ed affidato, dal 12 agosto 1945, all'on. Pietro Nenni, che lo tenne anche sotto il successivo Ministero De Gasperi.

(2) D. l. lt. 28 dicembre 1945, n. 792; cfr. RANELLETTI, *Ist.*, cit., n. 148.

Poichè, data la schematicità dell'ordinamento provvisorio, le leggi regolanti la vita dei cittadini e applicate dai tribunali continuavano per forza (per quella specie di *horror vacui* di cui soffre il diritto) ad essere quelle del vecchio regime (1), si ricominciava ad accreditare, anche ad opera di qualcuno dei gruppi politici componenti il C.L.N., l'idea che al disopra di questa necessaria continuità giuridica delle leggi ordinarie non fosse mai venuta meno neanche la *continuità costituzionale* (2); sicchè si dovesse ritenere che tutti gli organi costituzionali del regime precedente, non espressamente aboliti nel passaggio, fossero rimasti in vita letargica, nell'attesa di poter essere risvegliati e riabilitati dalla Costituente. Il caso più tipico fu quello del Senato: per il quale, nonostante che esso fosse di origine statutaria e di nomina regia, non bastò nè la proclamazione della Repubblica, nè il decr l. pres. 24 giugno 1946, n. 48, ma ci volle, dopo più di un anno di Costituente repubblicana, una apposita legge costituzionale 3 nov. 1947, n. 3, per persuadere i costituzionalisti ortodossi che il Senato regio aveva veramente cessato di esistere! (3).

Lo stesso ragionamento, sia pure in tono meno esplicito, si faceva per l'istituto monarchico, ed in ispecie per la dinastia: si diceva che fino a quando la Costituente non avesse espressamente scelto la forma repubblicana, la monarchia doveva considerarsi ancora in vita sul fondamento dello Statuto (questo fu l'argomento con cui si cercò di legittimare, come si vedrà, l'abdicazione del 9 maggio 1946 e l'ascesa del luogotenente al trono), se non addirittura sul fondamento del diritto divino. E per tale via si voleva arrivare [illegible] guenza pratica: che la scelta tra monarchia e repubblica fosse [illegible] dalla Costituente, mentre il potere politico fosse ancora non solo di

---

(1) Nel suo discorso del 9 marzo alla Consulta, l'on. ORLANDO osservò che, se fosse stato in suo potere, « la sera del 25 luglio avrebbe con un articolo unico stabilito che tutte le leggi e tutti i provvedimenti emanati dal gennaio 1925 fino a quel momento erano abrogati. Ma provvedimenti simili si devono prendere a sangue caldo; passate le prime ventiquattro ore non si poteva far più... ».

(2) In questa specie di superstizioso attaccamento alla continuità costituzionale e di incomprensione del carattere « originario » dell'ordinamento provvisorio del giugno 1944, vi è stato perfino chi ha sostenuto la « incostituzionalità » (!) dello stesso d. l. lt. 25 giugno 1944 n. 151, perchè il governo di allora non avrebbe avuto facoltà di emanare decreti-legge. Cfr. contro queste aberrazioni, AZZARITI, *Alcune questioni di dir. cost.*, in *Foro it.*, 1948, III, col. 138.

(3) La questione della sopravvivenza del Senato venne indirettamente in discussione anche dinanzi alla Magistratura, alla quale ricorsero i senatori dichiarati decaduti in base alle disposizioni del d.l. lt. 27 luglio 1944 n. 159 sull'epurazione. Cfr. Cass. pen. 15 gennaio 1946, in *Foro it.*, 1946, II, 33; e Sez. Unite civ., 9 luglio 1947, n. 1093, in *Foro it.*, 1947, I, p. 554, ov'è riportata in nota la indicazione della copiosa letteratura sull'argomento.

fatto, ma legalmente, in mano della monarchia, sicchè la scelta dovesse essere compiuta per forza di cose non da una Costituente sovrana ma da un'assemblea vigilata dalla monarchia rimasta al potere, e quindi non in condizioni di iniziale indifferenza tra due regimi ugualmente nuovi, ma tra un regime ancora in vigore, che poteva con la sua presenza e con la sua autorità tuttora ramificata in ogni ganglio dello stato esercitare un influsso decisivo per la propria conservazione, e un regime nuovo, e per questo circondato di sospetti, com'era la Repubblica: si mirava insomma a far apparire la scelta tra monarchia e repubblica come la scelta tra la legalità costituita e il « salto nel buio ».

Quando si trattò di tradurre in provvedimenti concreti l'impegno, contenuto nel decreto del 25 giugno 1944, di convocare l'Assemblea Costituente, si trovarono così in contrasto due tesi: una, appoggiata da un « suggerimento » di giuristi americani, comunicato dal comando militare alleato al governo italiano (1), secondo la quale anche dopo la convocazione della Costituente e durante i suoi lavori avrebbe dovuto rimanere al potere il governo provvisorio luogotenenziale, così com'era stato costituito dal decr. l. lt. 25 giugno 1944, destinato a cessare soltanto quando fosse entrata in vigore la nuova Costituzione deliberata dalla Costituente (2); l'altra, che fu sostenuta anche alla Consulta dai rappresentanti del partito d'azione e del partito repubblicano (3), secondo la quale, essendo nato il regime luogotenenziale come espressione della « tregua istituzionale » che doveva durare soltanto « fino alla convocazione della Costituente » (art. 3 decr. l. lt. 25 giugno 1944, n. 151), all'atto di questa convocazione doveva necessariamente avvenire l'allontanamento del luogotenente e la instaurazione di un regime provvisorio assolutamente neutrale e imparziale, per evitare che durante la campagna elettorale e poi durante i lavori della Costituente, il potere politico rimanesse di fatto in mano alla monarchia: il che, come fu detto, sarebbe stato come affidare al giudicabile la polizia dell'udienza.

8. — La soluzione di questi contrasti fu raggiunta col decr. l. lt. 16 marzo 1946 n. 98 (e con quelli integrativi di esso che tra poco menzioneremo), col quale, in seguito alla già ricordata discussione svoltasi

---

(1) Cfr. CALAMANDREI, discorso alla Consulta 8 marzo 1946.

(2) Colla « esilarante conseguenza — scrisse efficacemente il MORTATI, *Sui limiti della Costituente*, in *Quaderni d'oggi*, marzo 1946, p. 5 — di attribuire al governo luogotenenziale il diritto di rimanere in vita e di esercitare il potere legiferante anche dopo che la Costituente abbia, per avventura, proclamato la repubblica ed eventualmente anche nominato il presidente.. »

(3) Cfr. relazione ORLANDO alla Consulta 7 marzo 1946.

dinanzi alla Consulta in sede plenaria, il sistema creato dal d. l. lt. 25 giugno 1944 n. 151 fu non solo integrato ma profondamente modificato.

Il decreto n. 151 era stato preceduto da lunghe discussioni, avvenute nel seno del C.L.N. e del primo governo Bonomi, sui procedimenti da adottare, quando la guerra di liberazione fosse finita, per risolvere il problema istituzionale: fermo che la decisione dovesse essere rimessa al popolo, il contrasto era sorto tra l'opinione di chi voleva che il popolo fosse chiamato a pronunciarsi *direttamente* sul problema istituzionale mediante *referendum*, e l'opinione di chi sosteneva che anche il problema istituzionale, come tutti gli altri problemi della nuova Costituzione, dovesse essere demandato alle deliberazioni complessive e coordinate dell'Assemblea Costituente eletta dal popolo; e questa seconda opinione aveva prevalso.

Ora, col nuovo d. l. lt. 16 marzo 1946, si ritornò all'idea del referendum (ma non per escludere la Costituente, sibbene in concorso con essa): e in questo modo si venne a modificare e in un certo senso a revocare quella proclamazione che era stata consacrata nell'art. 1 del decreto del 25 giugno 1944. La Costituente, com'era stata promessa da quel decreto, doveva essere un'assemblea eletta dal popolo e assolutamente libera anche nella scelta delle forme istituzionali: non una assemblea con poteri limitati, chiamata soltanto a deliberare le strutture concrete di una forma istituzionale già da altri scelta e stabilita in anticipo (come quella costituente dinastica promessa e non mantenuta dalla legge sarda dell'11 luglio 1848, che avrebbe dovuto, dopo la fine della guerra, discutere e stabilire « le basi e le forme di una nuova monarchia costituzionale con la dinastia dei Savoia »), ma una Costituente sovrana, come quella inutilmente reclamata da Giuseppe Mazzini (1), alla quale prima di tutto competesse il potere di scegliere, senza precostituiti programmi e senza inframmettenze esterne, la forma del nuovo stato italiano. La formula adottata dall'art. 1 del decreto 25 giugno era in tal senso chiarissima.

Col nuovo d. l. lt. 16 marzo 1946 n. 98 questa formula fu modificata. Vi fu chi negò la legittimità di tale modificazione, apportata a quel fondamentale decreto del 25 giugno 1944, che doveva valere, fino alla convocazione della Costituente, come costituzione provvisoria ma intangibile dello stato italiano; ma si replicò che come il decreto del 1944 aveva il suo primo fondamento nella necessità, così sulla necessità si fondava questo nuovo decreto del 1946 che modificava il prece-

---

(1) Sull'idea di Costituente e sulla sua storia nella formazione della monarchia italiana, cfr. URAS, *L'assemblea costituente* (Roma, 1944), specialmente pp. 112-143.

dente (1). La nuova formula adottata dall'art. 1 del d. l. lt. 16 marzo 1946 n. 98 fu una soluzione di compromesso: a decidere sulla forma istituzionale dello stato sarebbe stato chiamato direttamente il popolo mediante referendum; ma questo doveva avvenire « contemporaneamente alle elezioni per l'Assemblea costituente », la quale così fin dal suo nascere avrebbe trovata già risolta sovranamente dal popolo la questione istituzionale, e avrebbe potuto limitare i suoi lavori alla deliberazione della nuova Costituzione, nel quadro della forma istituzionale, monarchia o repubblica, che nello stesso giorno in cui essa sarebbe stata eletta fosse uscita vittoriosa dai suffragi del referendum.

In questo modo doveva essere risolto il problema pratico più urgente, che era quello della forma da dare al governo provvisorio durante i lavori della Costituente; l'art. 2 del d. l. lt. n. 98 dettava infatti disposizioni diverse per tutt'e due le prevedibili risposte che potevano uscire dal referendum: qualora la maggioranza degli elettori votanti si fosse pronunciata per la monarchia, il regime luogotenenziale, instaurato col decreto del 25 giugno 1944, avrebbe continuato per tutto il periodo della Costituente, fino all'entrata in vigore delle deliberazioni di essa sulla nuova Costituzione e sul capo dello stato (art. 2 ultimo comma); qualora, viceversa, la maggioranza degli elettori votanti si fosse pronunciata in favore della Repubblica, dal momento della proclamazione dei risultati del referendum la funzione di capo provvisorio dello Stato sarebbe stata assunta dal Presidente del Consiglio dei ministri in carica nel giorno delle elezioni, fino a che l'Assemblea Costituente, che doveva tenere la sua prima riunione il ventiduesimo giorno successivo a quello delle elezioni (art. 4) non avesse nominato come suo primo atto il Capo provvisorio dello Stato, destinato a rimanere in carica fino alla nomina definitiva del Capo dello Stato, a norma della Costituzione repubblicana deliberata dall'Assemblea (art. 2 primo comma).

Le disposizioni di questo decreto furono integrate da altri provvedimenti legislativi di quello stesso periodo. Già il d. l. lt. 10 marzo 1946 n. 74 aveva stabilito le norme per la elezione dei deputati alla Assemblea Costituente, che, in conformità del decreto 25 giugno 1944, doveva avvenire « a suffragio universale, con voto diretto, libero e segreto, attribuito a liste di candidati concorrenti » e con rappresen-

---

(1) Cfr. ORLANDO, discorso alla Consulta, 9 marzo 1946. D'altra parte, in forza del d. l. lt. 151, nel governo si concentrava tutto il potere legislativo, e quindi anche il potere legislativo in materia costituzionale (colla sola esclusione della scelta istituzionale riservata alla Costituente): cfr. AZZARITI, scritto cit., in *Foro it.*, 1947, IV, col. 129.

tanza proporzionale (art. 1) (1). Successivamente, in seguito alla introduzione del referendum, furono apportati alla legge elettorale opportuni ritocchi dal d. l. lt. 23 marzo 1946, n. 219, il quale stabilì anche (art. 17) che la proclamazione dell'esito del referendum fosse demandata alla Corte di Cassazione. I comizi per il referendum e per la contemporanea elezione dei deputati alla Costituente furono convocati per il 2 giugno 1946 (d. l. lt. 16 marzo 1946, n. 99).

Al leale rispetto di tutte queste disposizioni e specialmente di quelle volte a garantire che la competizione elettorale si svolgesse in condizioni di assoluta libertà, solennemente si erano impegnati i ministri come rappresentanti dei loro partiti (2); i dipendenti civili e militari dello stato si impegnarono sul loro onore a rispettare e a far rispettare nell'adempimento dei loro doveri l'esito del referendum e le relative decisioni dell'Assemblea (art. 7 del d. l. lt. 16 marzo 1946, n. 98). Sola infrazione a questo generale impegno di lealtà politica fu, a distanza di meno di un mese del referendum, la singolare mossa concertata tra il luogotenente e il vecchio re, il quale, nonostante che si fosse impegnato col famoso proclama del 12 aprile 1944, a ritirarsi per sempre, in maniera « definitiva e irrevocabile » dalla vita pubblica e che in questo modo avesse sostanzialmente già rinunciato alla Corona (come si è visto, n. 5), il 9 maggio 1946 riapparve improvvisamente alla ribalta della vita nazionale per compiere il gesto formale di una seconda abdicazione a vuoto: il che dette pretesto al figlio luogotenente per proclamarsi re col nome di Umberto II e per rivolgersi in tale qualità al popolo italiano con un manifesto che fu pubblicato il 10 maggio 1946.

Sotto l'aspetto costituzionale questa manovra concertata si presentava con la parvenza di un colpo di stato. Secondo il compromesso politico da cui era sorto nel giugno 1944 il governo provvisorio luogotenenziale, il luogotenente non era posto a capo di quel governo in figura di delegato di un re temporaneamente impedito ma rimasto sul trono; vi era posto bensì come un organo *nuovo*, venuto fuori dalla necessità della « tregua istituzionale », luogotenente non più *del re*, ma « *del Regno* », cioè di uno stato nel quale un re sul trono non c'era più, nè avrebbe potuto più esservi fino a che non avesse deciso l'Assemblea Costituente. In tale situazione il vecchio re, che aveva irrevocabilmente rinunciato ai suoi poteri regi il 12 aprile 1944, non poteva più con un suo atto modificare, nel nuovo regime luogotenenziale da

---

(1) Ampio riassunto e commento di questa legge in RANELLETTI, *Ist.* (1947), nn. 159-186.

(2) Cfr. le dichiarazioni del Presidente della Consulta nella seduta del 9 marzo 1946.

cui egli era escluso, la posizione costituzionale di un organo che non era suo delegato, e i poteri del quale non erano fondati sulla delegazione: sicchè con questa seconda simbolica abdicazione egli non solo veniva meno all'impegno contratto col proclama del 12 aprile 1944, ma compieva altresì un gesto privo di ogni effetto giuridico, perchè la fonte statutaria (art. 2) in forza della quale la rinuncia del re avrebbe aperto di diritto la successione al trono a favore del principe ereditario, non aveva più alcun valore nell'ordinamento luogotenenziale che non era fondato sullo Statuto (1). Da parte sua il luogotenente, pretendendo di inserirsi con decisione unilaterale come re in un ordinamento a cui egli aveva accettato di partecipare soltanto come « luogotenente del Regno », veniva ad infrangere ancora una volta il patto che stava alla base di quell'ordinamento provvisorio, e che era stato esplicitamente riconfermato col decreto legge lt. 16 marzo 1946 n. 98, da lui firmato, nel quale era stato stabilito (art. 2 ultimo comma) che, perfino nel caso che il referendum avesse avuto esito favorevole alla monarchia, doveva continuare anche nel periodo della Costituente, e fino alle deliberazioni di essa sulla nuova Costituzione, il regime *luogotenenziale* (2).

Tuttavia l'episodio, sia pur suggerito forse dalla segreta speranza di impressionare il popolo italiano mettendolo dinanzi al fatto compiuto, si rivelò subito come un inabile ed inutile espediente di propaganda elettorale, che non valse a salvare la monarchia; e saggiamente il governo, per non attribuirgli una serietà che in realtà non aveva, non dette carattere drammatico alla situazione e non si oppose a che il luogotenente « ferme le disposizioni di cui al decreto 16 marzo 1946 n. 98 », assumesse *motu proprio* nelle ultime settimane di permanenza in carica l'innocuo titolo di re, e che i decreti uscissero in questo periodo intestati al nome di « Umberto II re d'Italia », purchè senza l'aggiunta della formula tradizionale « per grazia di Dio e per volontà della Nazione » (3). Da parte sua il neosovrano, di fronte alle proteste di taluni partiti che consideravano quel gesto come contrario all'accordo politico sempre in vigore, si affrettò a dichiarare che nulla era

---

(1) Cfr. anche qui l'acuto scritto del MORTATI, *Decisione costituente e continuità dello Stato.*

(2) Il RANELLETTI, *Ist.*, cit., nn. 194-197, considera legittima ed efficace la abdicazione del 9 maggio 1946; ma non ricorda nè il proclama 12 aprile 1944, nè gli art. 4 e 5 del d. l. lt. 25 giugno 1944, nè l'art. 2 del d. l. lt. 16 marzo 1946, nè la già avvenuta abolizione dello Statuto.

(3) R. d. 10 maggio 1946 n. 262, col quale, dopo una serie di decreti luogotenenziali iniziata nel giugno 1944, gli atti legislativi tornarono ad aver per qualche settimana la forma di decreti regi, fino al d. l. presidenziale 19 giugno 1946, n. 1.

mutato nei suoi poteri di luogotenente (1), sicchè si ebbe per qualche settimana la « paradossale condizione di un sovrano luogotenente del Regno »! (2).

Il referendum istituzionale e le elezioni alla Costituente ebbero luogo il 2 giugno 1946; i resultati del referendum, favorevole alla Repubblica, furono proclamati dalla Corte di Cassazione coi verbali del 10 e del 18 giugno (3). Il 13 giugno Umberto di Savoia, dopo alcuni giorni di tensione politica, lasciò l'Italia; e l'esercizio delle funzioni di Capo dello stato fu assunto, in conformità del decreto 16 marzo 1946, dal Presidente del Consiglio dei ministri on. De Gasperi (4).

L'Assemblea Costituente, uscita dal suffragio popolare, si adunò solennemente per la prima volta il 25 giugno; e il 28 giugno elesse a « Capo provvisorio dello stato » Enrico de Nicola, che si insediò il 1° luglio e al quale il presidente del Consiglio trasmise in quella data i poteri di presidente della Repubblica da lui esercitati, come si è visto, nel periodo di trapasso (5).

In questo modo, col responso del referendum favorevole alla Repubblica, ogni pretesto anche puramente formale di continuità del nuovo stato col precedente ordinamento statutario era definitivamente troncato. Quella « frattura che già la decisione costituente del giugno 1944 aveva determinato nell'assetto costituzionale » (6), appariva ormai resa definitiva ed irrevocabile. Coll'accettare l'ordinamento provvisorio del giugno 1944, la dinastia, la quale invano aveva tentato col colpo di stato del 1943 di richiamare in vita lo Statuto annullato nel ventennio fascista, aveva dovuto riconoscere che ormai ogni vincolo bilate-

---

(1) RANELLETTI, *Ist.*, cit., n. 192.

(2) AMORTH, *La Costituzione italiana* (Milano, 1948), p. 9.

(3) Pubbl. sulla *Gazz. uff.* del 20 giugno 1946, n. 24. Sul calcolo della maggioranza nel referendum si ebbero polemiche, perchè c'era chi sosteneva che la maggioranza dovesse esser calcolata non sul numero dei voti *validi*, ma sul numero degli elettori *votanti;* ma furono sterili e tendenziose polemiche prive d'ogni costrutto pratico, perchè in tutt'e due i modi la maggioranza era ugualmente a favore della Repubblica. Cfr. RANELLETTI, *Ist.*, cit., n. 198-199; ESPOSITO, in *Giur. it.*, 1946, I, 1, c. 385 e ss.

(4) Cfr. d. l. pres. 19 giugno 1946 n. 1. Sulle polemiche che si svolsero per stabilire il momento in cui questo passaggio doveva avvenire, cfr. RANELLETTI, *Ist.*, n. 200, il quale ricorda la lettera 12 giugno dell'ex luogotenente al presidente del Cons. dei ministri; il suo proclama del 13 giugno al popolo italiano; la deliberazione del Cons. dei Ministri, e il discorso alla radio dell'on. De Gasperi dello stesso giorno; la comunicazione 14 giugno della presidenza del Consiglio. La storia della settimana che passò tra il referendum e la partenza dell'ex luogotenente fu narrata da uno dei ministri che parteciparono a quella vicenda, Mario BRACCI, sul *Ponte*, luglio 1946.

(5) *Gazz. uff.*, 1 luglio, n. 144.

(6) MORTATI, *Costituente e ordinamento provvisorio*, in *Idea*, 1946, p. 390.

rale derivante dal patto statutario era cessato e che le sue sorti dipendevano ormai soltanto dalla decisione unilaterale e sovrana del popolo. Ora, col referendum del 2 giugno 1946, questa decisione era venuta: non solo la dinastia in concreto, ma la stessa forma monarchica era espulsa per sempre dall'ordinamento costituzionale che la Costituente si apprestava a costruire.

9. — All'inizio dei suoi lavori, la Costituente trovò sulla soglia il problema della delimitazione e della disciplina delle proprie funzioni (1).

Il problema si era presentato anche durante la preparazione del d. l. lt. 16 marzo 1946, il quale poi aveva ritenuto di averlo risolto. Non si trattava soltanto della scelta istituzionale, che come si è visto, fu sottratta alla competenza della Costituente e rimessa direttamente al referendum popolare, ma si trattava altresì della distinzione tra funzione costituente e funzione legislativa ordinaria; dei rapporti tra l'Assemblea e il governo; e della durata dei lavori dell'Assemblea.

Qualcuno avrebbe voluto (suggerimenti vennero in tal senso anche da fonte americana) che l'Assemblea fosse incaricata soltanto di redigere il testo della nuova Costituzione (come progetto da sottoporre alla fine per farlo entrare in vigore, a un nuovo referendum popolare), escludendola da ogni ingerenza nella legislazione ordinaria e da ogni sindacato politico sul governo: in questo modo, si diceva, essa avrebbe potuto lavorare tranquillamente come un'accademia di studio, senza esser turbata e distratta dalle urgenti difficoltà della funzione governativa, demandata ad altri organi (2). Si mirava in questo modo a far sì che tutte le energie dei componenti della Costituente fossero concentrate nel preparare celermente e compiutamente la nuova Costituzione; ma si mirava altresì, anche se non sempre confessandolo, ad evitar che la Costituente, riassumendo in sè tutti i poteri dello stato ed esercitandoli sovranamente, si servisse della sua onnipotenza per andare al di là del compito costituzionale assegnatole e si trasformasse in un governo d'assemblea che, invece di limitarsi a rielaborare, nel quadro della forma istituzionale scelta dal popolo, la architettura degli organi costituzionali, si spingesse a tentare nel campo della legislazione ordinaria radicali trasformazioni di carattere economico e sociale, di fronte alle quali il contrapposto schieramento di monarchici e repubblicani, che si era formato sul problema istituzionale, si disfaceva per dar luogo a diversi raggruppamenti di forze conservatrici e progressive. Prevaleva tuttavia l'opinione opposta: la Costituente, se

(1) Cfr. MORTATI, *Sui limiti della Costituente*, cit.

(2) Cfr. ORLANDO, discorso del 9 marzo 1946 alla Consulta.

doveva essere espressione della volontà del popolo, non poteva non concentrare in sè tutti i poteri pertinenti alla sovranità popolare; doveva avere il compito di preparare per l'avvenire la nuova Costituzione, ma insieme di esercitare nel presente il suo sindacato politico sull'attività concreta del governo; doveva essere insieme Costituente e Parlamento (1). Ma, pur prevalendo questa seconda opinione, si andò ugualmente alla ricerca, nel periodo di preparazione del decr. 16 marzo 1946, di espedienti giuridici che permettessero di regolare *in anticipo* l'attività della Costituente, e di prestabilire un programma ai suoi lavori, sì da limitarne in qualche modo la durata e le attribuzioni.

Una obiezione fondamentale contro siffatto ordine di limitazioni fu subito sollevata: se la Costituente doveva, come si è detto, esser sovrana, non era logicamente concepibile che le venissero imposti limiti dal di fuori. Certamente quando la Costituente sovrana fosse stata adunata sarebbe stato necessario che essa, per mettersi in condizione di lavorare con tranquillità alla nuova Costituzione, delegasse una parte dei propri poteri (quelli attinenti al governo e alle leggi ordinarie) ad altri organi, e fissasse l'ordine e il metodo dei suoi lavori più propriamente costituzionali (2); ma questo sarebbe potuto avvenire soltanto in via di autolimitazione, mediante una specie di « statuto della Costituente » che l'Assemblea avrebbe dovuto, nelle sue prime sedute, dettare a sè stessa.

Una preventiva delimitazione dei poteri della Costituente non poteva certamente essere stabilita in modo valido dal governo luogotenenziale: per la evidente ragione che « norme predisposte da un governo, come quello luogotenenziale, sfornito di diretto potere rappresentativo, non possono assumere efficacia vincolativa di fronte alla assemblea, che deriva la sua investitura in modo immediato dal popolo, e che perciò stesso viene a racchiudere in sè la pienezza della sovranità statale » (3). Unico limite efficace avrebbe potuto essere per la Costituente quello che fosse dettato dalla sovranità del popolo diret-

---

(1) Disc. ORLANDO, 9 marzo 1946: « ... In America si nomina la assemblea, e questa può fare tranquillamente la sua riforma costituzionale; e intanto la vita dello Stato continua senza scosse profonde. Metodo, in astratto, senza dubbio preferibile. Ma noi abbiamo il tipo latino della Costituente, il tipo che discende dal contratto sociale, che discende dal radicalismo classico, dalla sovranità del popolo. E questo genere di assemblee porta in sè la sua sovranità, quella risolutezza della sovranità di cui diventa ad un tratto l'unica rappresentante... ».

(2) Cfr. CALAMANDREI, *Governo e Costituente*, sul *Ponte* dell'ottobre 1945 [e in questo volume delle *Opere*, *supra*].

(3) MORTATI, *Costituente e ordinamento provvisorio dello Stato* sulla rivista *Idea* del luglio 1946, p. 390.

tamente espressa in un referendum. A questo si ricorse infatti, come si è visto, sul punto della scelta istituzionale: lo stesso sistema (si diceva) avrebbe potuto essere adoperato per delimitare anche più strettamente l'attività della Assemblea; il governo luogotenenziale avrebbe potuto predisporre uno « schema di statuto della Costituente » nel quale fossero minutamente regolati le attribuzioni, il programma dei lavori e la durata di essa; e questo schema avrebbe potuto essere sottoposto a referendum, in modo che, se fosse stato approvato, tutte le limitazioni in esso contenute, avendo la loro fonte nella volontà del popolo, sarebbero state vincolanti per l'Assemblea eletta dal popolo.

Siffatto sistema era stato seguito in Francia nel 1945; ma in Italia nel 1946 si ritenne che il referendum non fosse strumento adatto per esprimere la volontà popolare su un testo legislativo composto di parecchi articoli, su ciascuno dei quali potevano nascere questioni tecniche e politiche, complicate e difficili; e si preferì di prestabilire limiti alla Costituente sovrana mediante un semplice decreto legislativo (16 marzo 1946, n. 98) cioè mediante il provvedimento di un governo provvisorio e non rappresentativo, che solo dalla ratifica della Costituente eletta dal popolo poteva aspirare ad acquistar retroattivamente valore definitivo di governo legittimo. Per rimediare a questo apparente assurdo giuridico (1) si ritenne che potesse bastare, in luogo della preventiva consultazione popolare, l'approvazione preventiva dei partiti (i quali così, anche in questo momento, furono chiamati a esplicare una diretta funzione costituzionale): lo schema di provvedimento legislativo, che fu inviato il 1° marzo 1946 dal governo alla Consulta, e che diventò poi il d. l. lt. 16 marzo 1946 n. 98, fu accompagnato da una relazione che conteneva questa dichiarazione: « l'osservanza delle nuove disposizioni sarà affidata al senso di responsabilità dei singoli partiti e degli uomini che saranno chiamati a risolvere i problemi della nuova struttura costituzionale. Consapevoli di tale responsabilità, tutti i Ministri, che hanno partecipato alla deliberazione del progetto sottoposto all'esame della Consulta Nazionale, hanno preso impegno preciso e solenne di spiegare opera efficace, affinchè i loro partiti ne rispettino le disposizioni nello svolgimento dell'azione politica durante la Costituente e nei confronti di questa » (2).

---

(1) Si veda in proposito la discussione svoltasi dinanzi alla Consulta, e sopra tutto il secondo discorso (9 marzo) dell'on. ORLANDO, i cui interventi in questa discussione ebbero gran peso.

(2) Cfr. su questo impegno MORTATI, *Costituente e ord. provvisorio*, cit., p. 390; e il discorso tenuto il 7 marzo 1946 alla Consulta dal ministro NENNI: « ... Può sembrare paradossale e arduo delimitare in precedenza i compiti di un'assemblea sul cui carattere sovrano non può cadere il menomo dubbio, perchè quest'assemblea

10. — La Assemblea costituente trovò dunque già delimitato il suo campo di attività: dall'esito del referendum, che le prescriveva di redigere la nuova Costituzione nell'ambito invalicabile della forma repubblicana, già scelta direttamente dal popolo; dalle disposizioni degli art. 3, 4, 5, 6, del d. l. lt. 16 marzo 1946, n. 98, colle quali era stata predisposta, come aveva detto il ministro Nenni nel suo discorso del 7 marzo alla Consulta, non tanto « una limitazione dei poteri dell'Assemblea », quanto « una divisione del lavoro fra l'Assemblea Costituente e il governo ».

I capisaldi di queste disposizioni furono i seguenti (1).

a) All'Assemblea era riservato l'esercizio del potere legislativo « in materia costituzionale »: il che comprendeva non soltanto la redazione della Costituzione (a norma dell'art. 1 del d. l. lt. 25 giugno 1944 n. 151), ma altresì l'approvazione delle leggi che, avendo contenuto oggettivamente costituzionale, dovessero entrare in vigore anche prima della applicazione della nuova Costituzione (2);

b) all'Assemblea era riservato il potere legislativo sulle leggi elettorali e su quelle di approvazione dei trattati internazionali;

c) per tutte le altre leggi ordinarie « durante il periodo della Costituente e fino alla convocazione del Parlamento a norma della nuova Costituzione il *potere legislativo resta delegato... al governo* » (art. 3 primo comma);

d) tuttavia, anche in tema di legislazione ordinaria « il governo potrà sottoporre all'esame dell'Assemblea qualunque altro argomento, per il quale ritenga opportuna la deliberazione di essa » (art. 3 secondo comma);

e) « i provvedimenti legislativi che non siano di competenza dell'Assemblea Costituente ai sensi del primo comma dell'art. 3, deliberati sul periodo ivi indicato, devono essere sottoposti a ratifica del nuovo Parlamento entro un anno dalla sua entrata in vigore » (art. 6);

f) l'Assemblea esercita il sindacato politico sul governo, che è responsabile verso di essa (art. 3 terzo comma) e che deve dare le dimissioni qualora l'Assemblea voti un'apposita mozione di sfiducia (art. 3 quarto comma).

---

avrà per sè il titolo di legittimità che oggi solo ha valore cioè la investitura popolare. Ma giacchè è presumibile che la vita politica italiana non subisca nei prossimi mesi alterazioni... ecc. ».

(1) Cfr. in proposito, anche qui, MORTATI, *Sui poteri dell'Assemblea costituente in materia legislativa*, in *Rassegna di dir. pubblico*, 1946, III.

(2) MORTATI, scritto cit., p. 6 dell'estr.

In forza di queste disposizioni l'Assemblea era insieme Costituente e Parlamento; il governo era politicamente responsabile verso di essa, secondo i classici principî del sistema parlamentare. Ma il potere legislativo non le apparteneva per intero: perchè mentre le apparteneva in maniera esclusiva il potere costituente, il potere legislativo era repartito tra essa Assemblea (in materia costituzionale e nelle poche altre espressamente menzionate sub *a* e *b*) e il governo (su tutte le altre materie). Tuttavia, anche su tutte queste altre materie, il governo aveva sempre facoltà di provocare la deliberazione dell'Assemblea: la quale dunque, nell'esercizio del potere legislativo, soltanto su certe materie, tassativamente indicate, aveva competenza originaria e diretta, mentre su tutte le altre poteva avere solo competenza derivata, o diciamo meglio virtuale, che poteva diventare attuale solo in quanto il governo lo volesse. Se il governo preferiva invece, su tali materie, esercitare direttamente il potere legislativo senza investirne l'Assemblea, questa per sindacare tale attività legislativa esercitata dal governo senza alcun intervento di essa, non aveva altro mezzo fuor che quello indiretto, del sindacato generale sulla politica governativa (1).

La posizione costituzionale creata all'Assemblea da queste disposizioni apparve subito piuttosto singolare ed ambigua: sia perchè l'idea di una Assemblea Costituente, sovrana per definizione, pareva inconciliabile colla facoltà data al governo di legiferare per conto suo e di interpellare l'Assemblea solo quando gli piacesse, il che sembrava quasi metterla al servizio del governo, e farne quasi una seconda Consulta, priva di iniziativa propria; sia perchè, se il governo doveva essere politicamente responsabile verso di essa, non si capiva come essa avrebbe potuto esercitare in maniera compiuta il suo sindacato, quando gran parte dell'attività legislativa del governo poteva svolgersi senza il suo concorso e perfino a sua insaputa. Così, fino dalle prime sedute dell'Assemblea, fu posta la questione dei suoi poteri e delle sue relazioni col governo (2).

Si cominciò prima di tutto dal discutere se le disposizioni limitatrici poste dal d. l. lt. 16 marzo 1946 potessero considerarsi *giuridicamente* vincolanti per l'Assemblea: chi opinava in senso affermativo continuava ad attaccarsi al solito mito della continuità costituzionale, od anche all'impegno preso dai partiti con quella specie di « convenzione » che era stata la premessa del provvedimento legislativo del

(1) Cfr. Azzariti, *Leggi ordinarie e leggi costituzionali*, cit., § IV.

(2) Cfr. il discorso di Calamandrei alla Costituente nella seduta del 15 luglio 1946 (*Disc.*, vol. I, p. 37): le varie opinioni espresse nel dibattito che ne seguì, si trovano riassunte negli scritti di Mortati, *Costituente e ord. provvisorio dello Stato*, in *Idea*, cit., p. 794 e ss.; *Sui poteri dell'assemblea Costituente in materia legislativa*, cit.; *L'ordinamento della funzione legislativa*, in *Giur. it.*, 1948.

16 marzo (1); mentre in senso contrario si rileva che un provvedimento emanante da un governo provvisorio, come era quello da cui era uscito il decr. del 16 marzo, se pur poteva conservare anche per la Assemblea un certo valore politico, non poteva tuttavia aver efficacia giuridicamente vincolante per un consesso uscito dal suffragio popolare, che era, dopo il travagliato periodo transitorio, il primo organo rappresentativo e legittimo, capace di deliberare con pienezza di poteri e di legittimare ratificandoli e magari modificandoli tutti gli atti compiuti dal governo provvisorio, compreso il decreto del 16 marzo (tanto più che avendo il decr. del 16 marzo contenuto costituzionale, il ratificarlo o il modificarlo rientrava proprio in quella competenza esclusiva in materia costituzionale che lo stesso decreto aveva attribuito all'Assemblea). D'altra parte si faceva rilevare che la frase contenuta nell'art. 3, secondo la quale « il potere legislativo resta delegato al governo... », bastava a far intendere che con quel provvedimento si era voluto affidare provvisoriamente al governo soltanto l'esercizio di quelle funzioni legislative delle quali unico legittimo titolare doveva ora considerarsi, dopo le elezioni, l'organo che rappresentava la volontà del popolo: sicchè l'esercizio del potere legislativo poteva ora rimanere affidato al governo solo ed in quei limiti in cui l'Assemblea avesse voluto ratificare quella specie di presunta e anticipata delegazione che il decr. del 16 marzo aveva fatto, senza poter con ciò pregiudicare le definitive decisioni della Assemblea delegante (2).

Come conclusione pratica di queste discussioni furono avanzate varie proposte, tutte quante fondate sulla doppia premessa della piena sovranità dell'Assemblea, e della necessità di stabilire con legge costituzionale, per uscir dalle incertezze, se ed in quale misura dovesse esser tenuto fermo, nelle relazioni tra Assemblea e governo, il sistema stabilito dal decr. del 16 marzo (3). Ma nessuna delle proposte arrivò a tradursi in legge; si arrivò invece ad una soluzione di compromesso, colla quale l'Assemblea, senza affrontare apertamente il problema della ratifica o della modificazione del decr. del 16 marzo, affermò il suo potere di modificarlo tutte le volte che ciò apparisse necessario, e

---

(1) Cfr. FERRI, *Sindacato di costituzionalità,* in *Giur. compl. Cass. Sez. civ.,* vol. XXV, p. 136.

(2) Di opinione contraria RANELLETTI, *Ist.,* cit., p 214, secondo il quale la Costituente non era un organo sovrano che riassumesse in sè tutti i poteri, ma era « un organo rappresentativo straordinario dello Stato con la sola competenza a lei attribuita dalla nostra legislazione ».

(3) Cfr. discorso CALAMANDREI, nella seduta del 15 luglio 1946, al quale rispose nella seduta del 25 luglio, il pres. del Consiglio (*Disc.,* I, p. 353); successivamente nella seduta del 18 settembre, una mozione fu presentata sull'argomento dagli on. MAZZEI, PERASSI ed altri, ma non ebbe seguito (*Disc.* I, 597) e così

intanto, per quel che si riferiva al problema della estensione del suo sindacato su tutta l'attività legislativa del governo, si accontentò dell'impegno preso dal presidente del Consiglio (1), di render possibile alla Assemblea, mediante l'adozione di opportuni procedimenti, l'esame di tutti i disegni di legge anche sulle materie riservate al governo; e l'impegno si tradusse poi in una modificazione del regolamento interno della Camera, nel quale si stabilì che tutti i disegni di legge deliberati dal Consiglio dei ministri su qualunque materia, dovevano, salvo il caso di massima urgenza, essere trasmessi alla Assemblea, alla quale spettava, attraverso quattro commissioni legislative permanenti appositamente costituite, determinare quali di essi dovessero essere sottoposti alla approvazione della Costituente e quali invece essere conservati alla competenza del governo.

In questo modo l'art. 3 del decr. 16 marzo venne ad essere sostanzialmente, se non formalmente, modificato. Esplicite deroghe furono approvate più tardi all'art. 4 (secondo comma) dello stesso decreto, che aveva creduto di poter restringere nel termine massimo di un anno il periodo di funzionamento della Costituente (« l'Assemblea è sciolta di diritto il giorno dell'entrata in vigore della nuova Costituzione, e comunque non oltre l'ottavo mese dalla sua prima riunione. Essa può prorogare questo termine per non più di quattro mesi »). In realtà questo termine massimo fu superato, e non una volta sola: anche se l'attività della Costituente avesse dovuto limitarsi alla sola approvazione della nuova Costituzione, il termine di otto mesi previsto dall'art. 4 sarebbe stato in ogni caso troppo breve, e *a fortiori* si dimostrò tale a causa delle molteplici funzioni concentrate nell'Assemblea (2); sicché, non solo alla scadenza dei primi otto mesi fu necessario deliberare la proroga di quattro mesi prevista dall'art. 4 (3), ma successivamente per necessità si dovè deliberare, alla scadenza dell'anno, una seconda proroga non prevista, fino al 31 dic. 1947 (4), e una terza sia pur larvata proroga fu implicita nell'art. XVII delle disp. trans. della Costituzione, in forza del quale l'Assemblea Costituente rimase praticamente in funzione fino al 31 gennaio 1948.

11. — La Assemblea ebbe così in un solo corpo due nature e due volti: Costituente per redigere ed approvare la nuova Costituzione,

---

rimase senza conseguenza la proposta di legge di iniziativa parlamentare dell'on. MORTATI, *Sui poteri dell'assemblea Costituente in materia legislativa* (riportata in *Rassegna di dir. pubblico* 1946, fasc. III).

(1) Discorso DE GASPERI nella seduta del 25 luglio 1946 (*Disc.*, I, p. 353).

(2) Cfr. MORTATI, *Ombre sulla Costituente*, in *Stato moderno*, 20 novembre 1946.

(3) Legge cost. 21 febbraio 1947, n. 1.

(4) Legge cost. 17 giugno 1947, n. 2; cfr. AZZARITI, *Leggi ordinarie e leggi costituzionali*, in *Foro it.*, 1947, IV, nn. 10-11.

Parlamento per sindacare la politica del governo e per esercitare il potere legislativo nei limiti sopra spiegati. Doppio lavoro, che anche nella sua espressione pratica, e perfino nel cerimoniale dell'aula, ebbe modi distinti: quando l'Assemblea funzionava come Parlamento essa aveva dinanzi a sè, nell'apposito banco, il governo in carica; quando funzionava come Costituente, quei banchi erano vuoti, o occupati dai presidenti delle commissioni costituite, come ora si dirà, per preparare il testo della Costituzione (cioè da organi emananti non dal governo ma dalla stessa Assemblea), e i ministri tornavano a sedere nei loro scanni di deputati.

Del lavoro compiuto dall'Assemblea in sede legislativa non è il caso di occuparsi qui (1), neanche per ricordare quali leggi e trattati furono discussi dall'Assemblea in questo periodo (tra cui il trattato di pace, e le leggi elettorali per le nuove Camere) e come fu concretamente attuata la ripartizione di lavoro legislativo tra l'Assemblea e il governo. Basti qui avvertire che non sono ancora sopiti nella dottrina e nella giurisprudenza i dibattiti sulla convalidazione e sulla legittimità dei decreti legislativi emessi dal governo nel periodo della Costituente, e in quello successivo, dalla entrata in vigore della nuova Costituzione alla convocazione del nuovo Parlamento (Cost., disp. trans. XVII) (2).

Qui dobbiamo limitarci a dire qualcosa del lavoro compiuto dall'Assemblea in *sede costituente;* cioè dell'ordine e del metodo in cui si svolsero i lavori per la preparazione e l'approvazione della Costituzione.

L'Assemblea non si trovò fin da principio, come avviene di solito nelle assemblee legislative chiamate a discutere i disegni di legge normalmente proposti dal governo, di fronte a un disegno di Costituzione già preparato da un organo che stesse al di fuori di essa; prima che l'Assemblea potesse cominciare a discutere sulla nuova Costituzione, essa dové creare in sè stessa un organo tecnicamente idoneo a elaborare il disegno, che avrebbe dovuto poi costituire la base per le discussioni e deliberazioni definitive dell'Assemblea. Tra le attribuzioni del Ministero della Costituente che, durante il governo luogotenenziale, aveva avuto l'ufficio di preparar la convocazione della Costituente, non vi era stata, come si potrebbe pensare, quella di preparare un disegno o uno schema qualsiasi di Costituzione: esso si limitò soltanto

(1) Cfr. notizie statistiche su di esso nel discorso tenuto dal presidente on. Terracini nella seduta della Costituente del 22 dicembre 1947 (*Disc.*, vol. X., p. 3596).

(2) Cfr. Tesauro e Guarino, in *Foro pen.* 1948, p. 107, e in *Rassegna di dir. pubblico*, 1948, p. 123 e ss.; Pierandrei, in *Giur. it.*, 1947; Azzariti, già citato; Mortati, in *Giur. it.*, 1948, ecc.

a predisporre materiali di studio e di legislazione comparata (1). Per la preparazione della Costituzione l'Assemblea dovè cominciar da principio: essa era l'organo sovrano che in questa materia non poteva ammettere nè ingerenze nè collaborazioni.

A tale scopo l'Assemblea nella seduta del 15 luglio 1946 deliberò di affidare la elaborazione della nuova Costituzione ad una Commissione composta di 75 deputati (che fu detta poi la Commissione dei 75), la cui nomina fu deferita al presidente dell'Assemblea (2). Questa Commissione, della cui costituzione fu dato annunzio nella seduta del 13 luglio, iniziò subito, presieduta dall'on. Ruini, i suoi lavori, suddividendosi in tre Sottocommissioni (delle quali la seconda si suddivise in un momento successivo in due Sezioni). Ciascuna Sottocommissione, secondo un piano predisposto dalla presidenza, ebbe l'incarico di elaborare una parte del disegno di Costituzione; la prima, presieduta dall'on. Tupini, si occupò delle norme della Costituzione relative ai diritti civili e politici dei cittadini; la seconda, presieduta dall'on. Terracini, della organizzazione costituzionale dello stato; la terza, presieduta dall'on. Ghidini, dei rapporti economici e sociali. Ogni Sottocommissione si adunava per suo conto, in modo che, lavorando nello stesso tempo ciascuna nella propria sede, il lavoro di tutte potesse progredire parallelamente: le discussioni si svolgevano senza pubblicità, su più relazioni di volta in volta affidate a deputati di diverse tendenze politiche, allo scopo di poter sentire e armonizzare su ciascun argomento tutte le voci. Per argomenti di carattere generale e per la coordinazione del lavoro delle tre Sottocommissioni si adunava ogni tanto la Commissione in formazione plenaria; e vi fu poi presso la presidenza, e continuò a lavorare anche quando il disegno fu compiuto e presentato all'Assemblea, un ristretto Comitato di coordinamento e di redazione, per dare agli articoli la più perfetta formulazione tecnica. Dopo un semestre di intenso ininterrotto lavoro, il « progetto di costituzione della repubblica italiana » fu presentato all'assemblea il 31 gennaio 1947 accompagnato da una relazione del presidente on. Ruini che porta la data del 6 febbraio 1947.

Su questo progetto di costituzione l'Assemblea (la quale nel primo semestre, mentre i 75 lavoravano a preparare il progetto, era stata occupata quasi esclusivamente dal lavoro legislativo ordinario, dedicando alla Costituzione, in questo primo periodo, soltanto le sedute del 15 e 19 luglio, e del 10 dicembre 1946) cominciò a discutere nella

---

(1) Indicazioni bibliografiche sui lavori predisposti a cura del Min. per la Costituente, si trovano nella *Notizia* in fine di questa introduzione.

(2) Cfr. CALAMANDREI, *Come nasce la nuova Costituzione*, sul *Ponte*, 1947, p. 1.

seduta del 4 marzo 1947, continuando quasi ininterrottamente fino alla seduta del 22 dicembre, nella quale il testo definitivo della Costituzione fu solennemente approvato: in tutto le sedute dedicate alla Costituzione dall'Assemblea in sede plenaria (comprese le tre preliminari tenute, come si è detto, nel 1946) furono 173, molte delle quali con due riprese nello stesso giorno (mattutina e pomeridiana, oppure pomeridiana e notturna).

La Costituzione, approvata dall'Assemblea il 22 dicembre, fu promulgata dal Capo provvisorio dello stato il 27 dicembre 1947 (Disp. trans. XVIII) ed entrò in vigore il 1° gennaio 1948. Ma, anche dopo l'entrata in vigore della nuova Costituzione, l'Assemblea, come già si è detto, continuò a lavorare ancora per un mese, cioè fino al 31 gennaio 1948, per approvare la legge per la elezione del Senato, gli statuti regionali speciali e la legge per la stampa (Disp. trans. XVII).

Secondo questi dati schematici il lavoro compiuto dalla Costituente per arrivare alla approvazione della nuova Costituzione si può dividere in due periodi: il primo, durato circa un semestre, di lavoro preparatorio della Commissione dei 75; il secondo, durato circa dieci mesi, di discussioni pubbliche dell'Assemblea plenaria. Indubbiamente il lavoro più proficuo e più conclusivo, anche se non rivestito di solennità e di pubblicità e per questo non apprezzato all'esterno come avrebbe meritato, fu quello del primo periodo (1): durante il quale non vi furono sfoggi di oratoria altisonante, ma serrate argomentazioni esposte in tono amichevole da pochi esperti seduti intorno a un tavolino, desiderosi di persuadersi col ragionamento e di arrivare così per la via più semplice a trovare un punto di incontro delle loro divergenti opinioni. Le discussioni più solenni che si svolsero nell'aula durante il secondo periodo si ridussero invece assai spesso a riecheggiare in forma più ornata e più verbosa opinioni che nella loro sostanza erano state enunciate già in sede di commissione: e per questo non si può dire che i dibattiti svoltisi dinanzi all'Assemblea abbiano profondamente alterato, nel testo definitivo della Costituzione, la fisionomia del progetto. Tuttavia lo storico che vorrà rendersi conto della genesi della Costituzione italiana, se non potrà in nessun caso omettere lo studio dei verbali delle tre Sottocommissioni, dovrà tener nel giusto conto anche i dibattiti svoltisi dinanzi all'Assemblea, i quali in certi momenti, come nella discussione generale che si svolse nelle prime sedute del marzo, furono pari alle più alte tradizioni della eloquenza parlamentare ed assunsero su certi argomenti (come ad esempio, sulla rilevanza

(1) Cfr. un attento esame dei lavori della Commissione dei 75 fatto da Alessandro Levi, *In attesa della Costituzione*, in *Critica sociale* del 16 gennaio 1947, p. 36.

costituzionale degli Accordi lateranensi, sulla scuola, sulla indissolubilità del matrimonio) una importanza che ben può dirsi storica.

Tra il lavoro della Commissione dei 75 e quello dell'Assemblea non vi fu una repartizione di materia o di temi: l'Assemblea fu chiamata in un secondo momento (come sempre avviene, del resto, per tutti i disegni di legge che arrivano al dibattito parlamentare dopo essere stati esaminati dalle commissioni legislative) a riesaminare in secondo grado, e spesso in terzo, gli stessi temi che erano stati in un primo tempo lungamente studiati e discussi dalle tre Sottocommissioni (e spesso rivisti dalla Commissione plenaria).

Nè vi fu, tra Commissione e Assemblea, differenza di criterî di indagine: come se la Commissione dei 75 fosse stata un organo prevalentemente tecnico, le cui proposte dovessero poi esser sottoposte alla valutazione prevalentemente politica dell'Assemblea. Questa distinzione tra l'aspetto tecnico e l'aspetto politico dei problemi costituzionali, quando pur fosse mai possibile, non fu in alcun modo attuata nei lavori della Costituente italiana; anche la Commissione dei 75 fu un organo essenzialmente politico, che riproduceva *in nuce*, con proporzioni pesate sulla bilancia dell'orafo, la composizione « partitica » dell'Assemblea.

Questa fu una delle caratteristiche (e forse non tra le più benefiche) della Costituente italiana: ch'essa, cumulando in sè anche le funzioni di Parlamento, fu politica, nel senso più parlamentare e più elettoralistico della parola, anche nella sua attività costituente. Come nella formazione del governo si ebbe in questo periodo il cosiddetto « tripartitismo » (coalizione dei tre partiti che avevano nell'Assemblea il più alto numero di rappresentanti: democristiano, comunista, socialista), così « tripartita » fu la Commissione dei 75, che sotto un presidente di alta autorità ed esperienza parlamentare ed amministrativa, l'on. Ruini, presidente del Consiglio di Stato, ebbe nei presidenti delle tre Sottocommissioni tre esponenti di partiti: un democristiano, l'on. Tupini; un socialista, l'on. Ghidini; un comunista, l'on. Terracini. Per questo i dibattiti non clamorosi che si svolsero nelle sedute delle Sottocommissioni, ebbero sempre il carattere di dibattiti politici, in cui le forze contrastanti avevano modo di misurarsi, e di cercare, magari a costo di incongruenze tecniche e di imprecisioni giuridiche, il compromesso politico: si può dire anzi che assai volte le questioni più importanti, prima che nelle riunioni della competente Sottocommissione, furono risolte nei corridoi, attraverso i discreti contatti dei più autorevoli portavoce dei tre partiti maggiori della coalizione; in modo che quando il progetto fu poi portato alle pubbliche discussioni dell'Assemblea, su quasi tutti gli argomenti di maggiore frizione politica si sapeva già, poichè il lavoro già svolto dinanzi alla Commissione

dei 75 era stato una specie di prova generale, quale sarebbe stata alla fine, la soluzione di compromesso che si sarebbe raggiunta attraverso le votazioni dell'Assemblea, nella quale non poteva non riprodursi lo stesso equilibrio di forze che già era stato raggiunto in sede di commissione (tipica ed istruttiva fu in proposito la discussione ed il voto sull'art. 7) (1). In conclusione si può dire che, come la Commissione dei 75 da cui fu elaborata, e come l'Assemblea da cui fu approvata, così anche la Costituzione fu necessariamente ispirata da quella politica di coalizione dei tre partiti cosiddetti « di massa », che nel periodo della Costituente fu la base del Governo De Gasperi: fu, cioè, anch'essa, « tripartita ».

12. — La Costituzione della Repubblica italiana, entrata in vigore il 1° gennaio 1948 (durante le discussioni qualche voce di destra aveva agitato l'idea che prima di entrare in vigore la nuova Costituzione dovesse essere sottoposta a referendum, ma poi l'idea non ebbe seguito; e si disse, ma non è dato controllare l'esattezza di questa notizia, che la contropartita in vista della quale i comunisti si indussero a votare l'art. 7, fosse la rinuncia dei democristiani a chiedere un nuovo referendum popolare sul testo della Costituzione) è tipicamente, per il modo in cui fu liberamente discussa e formata *ab ovo* dai rappresentanti del popolo, una costituzione *nuova* ed una costituzione *popolare*.

Mentre lo Statuto albertino, come in generale quasi tutte le costituzioni monarchiche del sec. XIX, era una carta elargita (*octroyée*) da un sovrano assoluto, e avente quindi il suo primo fondamento non nella volontà del popolo, ma nella graziosa concessione del monarca, degnatosi, per evitare il peggio, di scendere a patti col popolo e di trasmettergli una parte del suo potere, la Costituzione repubblicana oggi in vigore non riconosce altra fonte che la sovranità popolare, nè si ricollega ad alcun ordinamento superiore o preesistente a questa. Nata non da un contratto che presuppone più poteri contraenti, ma da un'unica volontà collettiva, essa è l'espressione sovrana di poteri non trasmessi a titolo derivato dal di fuori, ma di poteri immanenti a titolo originario nel popolo che l'ha deliberata *ex novo*.

Tuttavia, se questo è vero sotto l'aspetto strettamente giuridico, non v'ha dubbio che sotto l'aspetto politico il contenuto della nuova Costituzione rappresenta in molte sue parti la risultante transattiva, e forse provvisoria, di concezioni contrastanti e di forze contrapposte: se essa non è uscita da un patteggiamento tra re e popolo, certo è venuta fuori da lunghe trattative tra partiti. Nè l'interprete che vorrà

(1) Cfr. CALAMANDREI, *Storia quasi segreta di una discussione e di un voto*, sul *Ponte*, 1947, p. 409.

approfondire il perchè storico di certe disposizioni di questa Costituzione repubblicana, potrà dimenticare che se apparentemente a deliberarla furono chiamati soltanto i deputati della Costituente, in realtà sulle loro deliberazioni poterono operare, anche se inconsapevolmente, certe limitazioni e certe ingerenze che provenivano da fonte estranea: come quelle, palesi od occulte, provenienti dall'armistizio e poi dal trattato di pace (il quale mutilò la Repubblica italiana di parti essenziali del territorio nazionale (1) e dettò norme che non possono non ripercuotersi sulla forma del suo governo) (2), e quelle provenienti dall'esistenza nel cuore della Repubblica italiana di un potere sovrano di carattere superstatuale, riconosciuto come tale dalla stessa Costituzione (art. 7), alle cui direttive spirituali il partito più numeroso della Costituente non poteva non prestare ossequio (3).

Tutto questo spiega la moderazione, in certi punti quasi la timidezza conservatrice della nuova Costituzione: la quale, quasi che lo sforzo rinnovatore del popolo italiano si fosse ormai tutto esaurito nella scelta istituzionale, sembrò soprattutto ispirata a mantenere, pur sotto la forma repubblicana, tutto quel più che si poteva salvare delle vecchie istituzioni; e accuratamente rifuggendo da qualsiasi riforma nella sostanza economica e sociale, quasi esclusivamente si dedicò a perfezionare nella nuova Repubblica i meccanismi formali, per renderli meglio rispondenti, sotto l'aspetto puramente giuridico e tecnico, ad una democrazia parlamentare di tipo occidentale. Questa è indubbiamente, sotto l'aspetto tecnico, la parte più pregevole della Costituzione italiana: della quale si deve ringraziare l'opera collettiva della Commissione dei 75 (e specialmente della II Sottocommissione), e soprattutto il contributo personale di uomini come l'on. Ruini, che come presidente della Commissione seppe condensare e fondere in un testo armonico materie così disparate e tormentate: come l'on. Terracini, che, prima come presidente della II Sottocommissione, poi come presidente dell'Assemblea, riuscì ad essere il sicuro pilota di tutti i dibattiti, capace di condurre in porto le discussioni più tempestose; come l'on. Mortati, giurista singolarmente preparato ai problemi della Costituente, il quale, soprattutto col partecipare all'opera oscura della Commissione, lasciò più di ogni altro nelle disposizioni della Costituzione traccia della sua profonda dottrina, vivificata dalla sensibilità politica e dalla fede nella democrazia.

---

(1) Ranelletti, *Ist.* (ed. 1949, p. II-III), nn. 153-156.

(2) *Trattato di pace*, artt. 15, 16, 17 (armistizio del 29 settembre 1943, art. 29, 39, ecc.).

(3) Cfr. Lévy Bruhl, *Les partis internationaux et l'indépendance des Etats*, in *La Rép. française*, febbraio 1949, p. 325.

13. — La Costituzione si compone di 139 articoli (lo Statuto albertino ne aveva 84) distinti con numeri arabi, seguiti dalle disposizioni transitorie e finali, che comprendono XVIII articoli distinti con numeri romani; senza contare questi ultimi, essa, dopo un capo iniziale che si intitola *Principî fondamentali* (art. 1-13) è divisa in due parti: Parte I, *Diritti e doveri dei cittadini* (art. 13-54); Parte II, *Ordinamento della Repubblica* (art. 55-139).

La Parte sotto l'aspetto giuridico più importante e di efficacia più immediata, perchè le disposizioni in essa contenute si sono già tradotte, o si tradurranno a breve scadenza, in strutture di organi e in ripartizione di funzioni, è la seconda: la quale è, in realtà, la vera costituzione in senso stretto, in quanto regola in concreto la composizione e il modo di funzionamento degli organi supremi, la cui esistenza è il presupposto per il legittimo e coordinato esercizio dei poteri della sovranità.

Nella struttura costituzionale della Repubblica italiana non vi è niente (non si dice che questo sia un male) di molto nuovo o di molto originale: è un ordinamento democratico, nel senso tradizionale della parola, fondato sulla sovranità popolare, sul suffragio universale, sulla pluralità dei partiti, sul diritto della minoranza di esercitare l'opposizione e di adoperarsi, nelle vie legali, a diventar maggioranza a sua volta. Governo parlamentare, che per reggersi deve avere la fiducia delle due Camere; sistema bicamerale, nel quale le due assemblee legislative, ambedue direttamente elette dal popolo secondo il sistema proporzionale (Camera dei deputati e Senato) hanno assoluta parità di funzioni e vengono a costituire così (non si dice che questo sia un bene) l'una un duplicato dell'altra; Capo dello Stato, distinto dal Capo del Governo, eletto dalle Camere, senza responsabilità politica e con funzione equilibratrice sugli altri poteri. Si tratta dunque di una repubblica parlamentare di tipo continentale, nel costruire la quale la Costituente italiana ha tenuto presente (più che la costituzione della Repubblica romana del 1849, della quale si sente un'eco soltanto in certe formule dei « principî generali ») le esperienze costituzionali europee di questi ultimi decennî, fino all'ultima costituzione francese la cui approvazione ha preceduto di pochi mesi quella italiana. L'esempio della repubblica presidenziale a tipo americano non ha esercitato su questa costituzione alcun influsso; dall'esempio degli Stati Uniti d'America è stata tratta forse l'idea della costituzione rigida e della Corte costituzionale posta al vertice dello stato, per vegliare alla osservanza di essa: notevole innovazione che non ha precedenti nelle tradizioni costituzionali italiane, e che, insieme colle maggiori garanzie date alla Magistratura per farne « un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere » (art. 104), dovrebbe servire a rafforzare, nello

svolgimento della vita politica della nuova Repubblica, il rispetto della legalità.

In tutto questo, come è facile accorgersi, nulla v'è, non diciamo di « rivoluzionario », ma neanche di riformatore nel campo delle strutture economico-sociali. L'unica decisiva conquista è stata la Repubblica: in questa ha trionfato Giuseppe Mazzini. Qua e là, nella struttura politica di questa Repubblica, si potrebbero rintracciare, sparsi e commisti, influssi risalenti al Cavour, al Cattaneo, e perfino al Gioberti; ma nel campo sociale, nulla di nuovo. Mentre in un primo tempo qualcuno aveva sostenuto che la Costituente dovesse prima di sciogliersi deliberare, insieme colla Costituzione, alcune fondamentali riforme di carattere sociale (1) che segnassero l'inizio di una vera trasformazione del sistema economico oggi vigente e di un radicale rinnovamento della classe dirigente (quel rinnovamento che, specialmente nell'Alta Italia, ebbe in un certo periodo un principio di inizio nell'opera rivoluzionaria dei C.L.N.), in realtà non solo la Costituente non ebbe tempo di prendere in esame tali riforme, ma non pensò neanche a introdurre nell'ordinamento costituzionale nuovi congegni attraverso i quali le esigenze di rinnovamento sociale potessero trovare un diretto sbocco, nè tradusse in istituzioni giuridiche aventi un qualsiasi valore pratico le vaghe affermazioni di principio colle quali in numerose disposizioni si promette la redenzione e la preminenza delle classi lavoratrici. In realtà, quantunque l'art. 1 affermi che « l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro », gli oziosi hanno in questa Repubblica gli stessi diritti di tutti gli altri cittadini che lavorano: e in più hanno il diritto di godersi, rimanendo in ozio, la loro ricchezza. Non vi sono nella Costituzione disposizioni che diano una portata pratica alle disposizioni in cui apparentemente si consacra il diritto al lavoro e il dovere di lavorare (art. 4); non esistono nella Costituzione procedimenti o istituti che diano diretta rilevanza costituzionale alle forze del lavoro (quali potranno essere in concreto le funzioni del « Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro », di cui parla l'art. 99, è ancora incerto), o ai partiti politici (art. 49).

Le disposizioni più originali e sotto l'aspetto costituzionale più innovatrici sono quelle che regolano l'ordinamento regionale (art. 114-133): ricollegandosi a certe tendenze che durante il nostro Risorgimento ebbero largo seguito prima dell'unificazione, e mettendo a frutto le esperienze fatte nel periodo della guerra, quando nella impossibilità di comunicare col centro certe funzioni del governo centrale furono assunte per necessità dalle regioni, la nuova Costituzione non

(1) Cfr. MORTATI, *Ombre sulla Costituente*, cit.

si è contentata di attuare un largo decentramento amministrativo, ma ha fatto delle diciannove regioni in cui è stato diviso il territorio della Repubblica (art. 131) altrettanti « enti autonomi » (art. 115), dotati di una propria competenza legislativa e governati da proprî organi politici ed amministrativi secondo le disposizioni stabilite dal proprio « statuto regionale ». Ancor prima che fosse convocata la Costituente, una speciale forma di assai larga autonomia era stata concessa, all'intento di prevenire tendenze separatistiche di cui forse si era sopravalutata la minaccia, alla Regione siciliana col r.d. lt. 15 maggio 1946 n. 455, che ne aveva approvato lo statuto, al quale poi la Costituente dette riconoscimento costituzionale colla l. cost. 26 febbraio 1948, n. 2 (1); dalla Costituente furono approvati anche gli statuti speciali per la Sardegna (l. cost. 26 febbraio 1948, n. 3), per la Valle d'Aosta (l. cost. 26 febbraio 1948, n. 4) per il Trentino-Alto Adige (l. cost. 26 febbraio 1948, n. 5). Coll'approvazione di questi statuti speciali, l'ordinamento autonomo regionale è già entrato in vigore in quattro regioni; nelle altre potrà entrare in vigore soltanto quando saranno state approvate le leggi di attuazione, che ancora si attendono. Soltanto allora, quando ogni regione avrà il proprio statuto, si potrà avere un'idea più concreta e precisa di questo nuovo ordinamento: il quale, riservando al governo centrale soltanto le funzioni generali ed essenziali della sovranità, e decentrando le funzioni di interesse locale nei governi regionali (costituenti ciascuno qualcosa di più di una circoscrizione amministrativa, ma qualcosa di meno di uno stato) dovrebbe apparire, secondo la concezione di chi lo ha ideato, come una forma nuova di stato, lo « Stato regionale », a mezza strada tra lo Stato accentrato e lo Stato federale.

14. — Mentre la II Parte della Costituzione, di cui si è parlato finora, contiene norme organizzative di rigorosa e netta rilevanza giuridica, in quanto direttamente attinenti alla statica e alla dinamica degli organi costituzionali, la I Parte, quella che si intitola *Diritti e doveri dei cittadini*, ha un contenuto più eterogeneo e più fluido. Nonostante che anche questa I Parte sia composta di articoli aventi apparentemente la forma di proposizioni normative, è facile accorgersi, esaminando più da vicino queste apparenti norme, che in realtà la loro sostanza non sempre ha raggiunto quel grado di maturazione e di concretezza, senza di che non è possibile che le vaghe aspirazioni politiche

(1) Sull'Alta Corte per la Sicilia, istituita dall'art. 24 dello Statuto siciliano, e sul modo alquanto singolare con cui essa ha cominciato a funzionare, cfr. SALEMI, in *Nuova Rassegna*, 1948, p. 821 (interpellanza CALAMANDREI alla Camera dei Deputati, seduta del 28 luglio 1948).

si trasformino in pratiche garanzie giuridiche. La forma normativa adoprata in queste disposizioni è dunque, per molte di esse, una specie di enfatica ostentazione verbale di una maturità giuridica che nella sostanza ancora non c'è; un proposito ancora sprovvisto di ogni reale efficacia normativa, e non uscito ancora dal campo, puramente esortativo ed augurale, dei programmi di partito (1).

Vi sono indubbiamente anche in questa I Parte numerose disposizioni che hanno concreta rilevanza giuridica (2), come quelle che consacrano i diritti civili e politici dei cittadini, istituendo a loro difesa mezzi pratici di garanzia non soltanto contro gli arbitrî della pubblica amministrazione, ma perfino contro gli attentati del potere legislativo: l'inserimento nella Costituzione di questi diritti individuali civili e politici non ha soltanto il valore di una solenne proclamazione di principio, ma significa anche, in armonia col carattere rigido della Costituzione, divieto posto agli organi legislativi di emanare leggi in contrasto con tali diritti, e quindi possibilità pratica data al concittadino di ricorrere alla Corte costituzionale per far dichiarare illegittime le leggi che li abbiano disconosciuti o menomati. Per questo le norme in cui si riconoscono questi diritti individuali assumono carattere costituzionale: perchè rappresentano altrettanti limiti posti dalla Costituzione all'esercizio del potere legislativo ordinario.

Ma accanto a queste norme di indubbio contenuto giuridico, altre assai numerose si trovano in questa I Parte della Costituzione, nelle quali, come si è detto, alla forma giuridica che di solito è indice di una raggiunta stabilità e pacificazione di rapporti, corrisponde qui soltanto una sostanza ancora politicamente fluida, fatta di aspirazioni insoddisfatte e di tendenze ancora in divenire.

Questo accade per tutte quelle disposizioni della Costituzione che si potrebbero chiamare disposizioni *programmatiche o tendenziali*: le quali sono specialmente frequenti nei Titoli secondo e terzo di questa I Parte, là dove, di seguito ai diritti civili e politici dei cittadini, si enunciano (come se fossero « diritti » nello stesso modo!) i cosiddetti « diritti sociali », cioè quei diritti di ogni cittadino a un certo grado minimo di benessere economico e di elevazione sociale, ai quali dovrebbe corrispondere, perchè veramente fossero diritti, un dovere di prestazione positiva da parte dello Stato (per es. il diritto al lavoro, art. 4; il diritto alla scuola gratuita, art. 34; il diritto ad un'esistenza « libera e dignitosa », art. 36; e così via). In realtà qui non si tratta di

---

(1) Cfr. in proposito CALAMANDREI, discorso tenuto alla Costituente nella seduta del 4 marzo 1947 (pubblicato in opuscolo col titolo *Chiarezza nella Costituzione*).

(2) Cfr. AMORTH, *La Costituzione italiana*, cit., n. 10.

diritti dei quali, in caso di disconoscimento, il cittadino insoddisfatto possa reclamare l'adempimento in via di azione: si tratta soltanto di speranze, e tutt'al più di propositi volti verso l'avvenire, di lontane mete verso le quali la Costituzione spera che la Repubblica italiana voglia prima o poi orientare la propria legislazione. Non direi neanche che queste disposizioni abbiano il valore giuridico di una concreta promessa di leggi future, delle quali il cittadino possa reclamare in via legale la emanazione: sull'osservanza di queste disposizioni di carattere puramente programmatico e direttivo, la Corte costituzionale potrà tutto al più esercitare un controllo negativo, nel senso di vigilare a che non siano emanate leggi in contrasto o in discordanza con queste direttive, ma non certamente in senso positivo, nel senso cioè di affermare l'obbligo degli organi legislativi, che si ostinino a lasciare insoluti certi problemi di riforma posti dalla Costituzione, di legiferare in conformità di essa: in quanto è evidente che il determinare quando si presenti l'opportunità di tradurre concretamente in leggi ordinarie i programmi e le raccomandazioni di massima contenuti nella Costituzione, dipenderà in ogni caso da una valutazione di opportunità politica, che non potrà in nessun caso essere oggetto di un sindacato giudiziario (1). Si aggiunga poi che in queste norme programmatiche è spesso assai difficile leggere una tendenza netta ed univoca; è proprio qui che più evidente affiora il carattere transattivo e « tripartitico » di molte di queste disposizioni, le quali sono state redatte in forma volutamente vaga ed ambigua, in modo che ciascun partito che sia domani politicamente in prevalenza potrà trovarvi quell'indirizzo conservatore o progressivo che meglio corrisponda al suo programma.

Si vede qui uno degli effetti meno benefici del cumulo di due diverse funzioni nella stessa Assemblea; la quale, nel momento in cui, come Costituente, avrebbe dovuto sopra tutto curarsi di lavorare per l'avvenire *sub specie aeternitatis*, non ha potuto dimenticare di essere nello stesso tempo un parlamento strettamente attaccato alle contingenze politiche del presente, e in molte disposizioni della Costituzione si è curata di introdurre spunti ed appigli per le prossime battaglie elettorali. Nella impossibilità di attuare immediatamente le riforme di carattere sociale vagheggiate da alcuni partiti progressivi della Costituente, questi si sono contentati di inserirne nella Costituzione almeno il preannuncio, ritenendo che domani la lotta politica per far tradurre in leggi queste riforme già preannunciate sarà più agevole quando potrà trovare un appiglio in qualche disposizione costituzionale, che

(1) Cfr. Azzariti, in *Foro it.*, 1948, IV, 81 e ss.

funzionerà così, anche se inefficiente nel campo puramente giuridico, da argomento di propulsione e di propaganda politica; nè a questo giuoco si sono rifiutati i partiti conservatori: i quali, pur di evitare che le riforme sociali si facessero a caldo, nell'impeto degli spiriti rivoluzionarî (più temuti che sussistenti) della Costituente, lasciarono passare nelle formule della Costituzione larghe promesse di rinnovamento sociale, purchè rimanesse inteso che si sarebbero attuate soltanto nell'avvenire. Così, per compensare le forze di sinistra della rivoluzione *mancata,* le forze di destra non si opposero ad accogliere nella Costituzione una rivoluzione *promessa.* Solo l'avvenire potrà dire quale delle due parti, in questa schermaglia, abbia visto più chiaro: coloro che considerarono certe disposizioni della Costituzione come una piattaforma di lancio per raggiungere in concreto le riforme sociali che essa vagamente promette, o coloro che delle promesse di rinnovamento sociale registrate nelle generiche formule della Costituzione non si spaventarono, ben sapendo che, passato il momento della crisi, le istanze di riforma perdono di irruenza, e una volta sbollite, possono rimanere in attesa per un altro secolo.

Questa specie di dissimulazione della schermaglia dei partiti sotto la pacata e solenne veste della formulazione giuridica, gradita per opposti intenti alle varie tendenze del « tripartito », non è rimasta senza visibili effetti nella stessa intelaiatura della Costituzione: la quale, proprio perchè la maggioranza dell'Assemblea ha preferito dare forma di norme giuridiche anche alla enunciazione dei principî programmatici, non contiene, come quasi tutte le Costituzioni, un preambolo introduttivo in cui questi principî ispiratori si trovino raccolti, in maniera da distinguerli dalle vere e proprie norme costituzionali. Sulla opportunità di introdurre nella Costituzione, a scopo di compiutezza sistematica e di sincerità tecnica, una siffatta dichiarazione preliminare di principî, ripetutamente si discusse dinanzi alla Costituente, in sede di commissioni e di Assemblea plenaria; ma prevalse, per le ragioni già dette, l'opinione negativa. E' facilmente prevedibile che questa mancanza di chiarezza darà luogo in avvenire a discussioni di portata non soltanto dottrinaria: proprio perchè in questi varî articoli della Costituzione, apparentemente omogenei nella forma, è contenuta una sostanza giuridicamente eterogenea, non facilmente riducibile a sistema, la dottrina e la giurisprudenza, e specialmente la Corte costituzionale, dovranno fare sulle norme della Costituzione (e hanno già cominciato) un lavoro non facile di classificazione e di scelta, per distinguere le norme entrate immediatamente in vigore e direttamente modificatrici della legislazione ordinaria, dalle norme che per avere effetti pratici hanno bisogno di essere tradotte in leggi ordinarie di attuazione: e tra queste ultime si dovranno distinguere quelle per le

quali la stessa Costituzione impegna il legislatore ordinario a provvedere a breve scadenza, e quelle che contengono soltanto raccomandazioni generiche senz'alcuna efficacia vincolante e senza possibilità di sanzione (1).

Di questa voluta indiscriminazione tra i principî ideali ispiratori della Costituzione e le norme giuridiche aventi immediata portata pratica, una memorabile conseguenza si ebbe il giorno in cui fu sottoposto all'approvazione complessiva dell'Assemblea il testo della Costituzione già approvato per articoli. Il deputato La Pira, all'ultimo momento, aveva proposto di premettere alla Costituzione una formula di invocazione così concepita: « in nome di Dio, il popolo italiano si dà la presente Costituzione » (2); altri aveva proposto quest'altra formula: « il popolo italiano consacra alla memoria dei fratelli caduti per restituire all'Italia libertà e onore la presente Costituzione » (3). Forse le due formule avrebbero potuto esser coordinate: e anche la prima avrebbe finito coll'essere accettata all'unanimità, come richiamo spirituale comune a tutte le fedi (perchè i dubbi sollevati da qualche oratore erano motivati soprattutto dal timore che questa invocazione potesse assumere un preciso carattere confessionale, in relazione coll'art. 7). Ma la questione morì sul nascere; perchè il presidente Terracini fece osservare che già l'Assemblea aveva deliberato che la Costituzione non dovesse avere preambolo di alcun genere, e che non era più possibile, senza andar contro il proprio deliberato, riaprir la discussione su questo argomento. Sicchè anche l'on. La Pira, di fronte a questa perentoria ragione di procedura, dovè rassegnarsi a ritirar la sua proposta.

15. — La Costituzione entrata in vigore il 1° gennaio 1948 è ancora, in alcune parti della sua architettura, incompiuta: e i lavori per portarla a termine sono ancora in corso. Non è ancora in funzione la Corte costituzionale (Cost. art. 134-137; e l. cost. 9 febbraio 1948 n. 1), la quale potrà cominciare a funzionare solamente quando sarà

---

(1) AZZARITI, *La nuova Costituzione e le leggi anteriori*, in *Foro it.*, 1948, IV, c. 82 e ss., distingue le norme della costituzione in norme *direttive*, che danno solo indicazioni al legislatore futuro, e *precettive*, distinte in due gruppi: quelle che contengono veri e propri comandi giuridici di applicazione *diretta ed immediata*, e quelle che contengono egualmente comandi giuridici di applicazione *diretta* ma *non immediata* (col. 83-84). Vi è invece chi ritiene che tutte le norme della costituzione, pur essendo precettive, abbiano bisogno, per avere vigore tra i cittadini, di leggi ordinarie che le traducano dal piano costituzionale in quello della concreta applicazione; cfr. JANNITTI-PIROMALLO, in *Foro it.*, 1948, IV, 137.

(2) Seduta del 22 dicembre 1947, *Disc.*, vol. X, p. 3577.

(3) *Ivi*, p. 3579.

stata approvata la legge ordinaria prevista per il funzionamento di essa. Non è ancora in funzione, fuor che nelle quattro regioni regolate con statuti speciali, l'ordinamento regionale: l'attuazione del quale presuppone l'approvazione delle leggi elettorali regionali (Cost., art. 122) non ancora avvenuta, nonostante che secondo la disp. trans. VIII, le elezioni dei consigli regionali dovessero essere indette « entro un anno dall'entrata in vigore della Costituzione ». E così non è stata neanche iniziata quella revisione e coordinazione colla Costituzione delle precedenti leggi costituzionali non abrogate, che secondo la disp. trans. XVI avrebbe dovuto esser portata a termine anch'essa entro il medesimo termine di un anno.

Il compito della Costituente, nonostante il ritmo forzato con cui l'Assemblea seppe lavorare in quel periodo, era di sì gran mole, che non c'è da meravigliarsi che l'edificio costituzionale sia uscito dalle mani dei suoi artefici ancora incompiuto, senza tutte le rifiniture accessorie e con parecchie mende di forma che, con qualche mese di più di lavoro, avrebbero potuto essere evitate. (Perfino nello stile è spesso visibile l'improvvisazione: l'opera di revisione stilistica affidata a un comitato di tre letterati rimase senza frutto, perchè non si fece a tempo a inserire le modificazioni da essi suggerite nel testo sottoposto di urgenza all'approvazione definitiva dell'Assemblea) (1).

Certo, aggirandosi entro questa architettura costituzionale così come essa è ancor oggi, si ha l'impressione di trovarsi in uno di quei grandi edifici tirati su in gran fretta durante la crisi degli alloggi, nei quali si va ad abitare, per necessità, ancor prima che ne siano usciti i muratori: l'edificio è, nelle sue grandi linee, comodo ed armonico (di stile piuttosto classicheggiante e ottocentesco), ma vi manca ancora la cuspide, cioè la Corte costituzionale, e nell'interno manca ancora qualche muro divisorio tra i quartieri, cioè tra le regioni. E qua e là, su queste mura ancor fresche di calcina, già si vedono rispuntare vecchie erbe maligne e arrampicarsi dal terreno malamente dissodato i tralci insidiosi di piante parassite non ben sradicate.

Ma i muri maestri ci sono: e sono muri che reggeranno perchè il popolo italiano li ha cementati colle sue lacrime e col suo sangue. E' vero che una Costituzione non basta da sè sola a difendere la libertà e a dare impulso al progresso sociale, se non è animata dalla coscienza politica e dalla volontà del popolo; ma è anche vero che le norme di una Costituzione democratica com'è quella della Repubblica italiana possono avere un'efficacia educativa e quasi si direbbe pedagogica,

---

(1) Disc. dell'on. RUINI nella seduta del 22 dicembre 1947, *Disc.*, vol. X pag. 3568.

che può servire di stimolo e di guida alle forze politiche. Sotto questo aspetto possono considerarsi con fiducia anche tutte quelle disposizioni della Costituzione che hanno, come si è detto, carattere puramente tendenziale: se il popolo italiano saprà servirsene, questa sarà una costituzione *dinamica*, che potrà condurlo senza bruschi trapassi, per le vie della legalità, verso quella società più giusta che molte di queste disposizioni lasciano sperare: una Costituzione che, se il popolo saprà civilmente volere, potrà accompagnarlo, senza rinunciare alla libertà, verso la giustizia sociale.

In verità, sulle mura di questo grande edificio non ancora compiuto (non sappiamo distaccarci da questa similitudine tratta dalla architettura), tante finestre si aprono verso l'avvenire. Chi abbia buona vista, riesce a scorgere in lontananza, da qualche strappo delle vicine caligini, orizzonti di redenzione e di solidarietà umana, di libero e sereno lavoro, di pace internazionale e sociale. Dalla più alta di queste finestre (l'art. 11) si riesce a intravedere laggiù, quando il cielo non è nuvoloso, qualcosa che potrebb'essere gli Stati Uniti d'Europa e del Mondo.

Notizia bibliografica sugli Studi e Lavori preparatorii per la Costituzione

Possono distinguersi in quattro gruppi:

A) *Pubblicazioni a cura del Ministero per la Costituente*:

I. Lavori della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, tre volumi (di importanza fondamentale, ed. tip. Failli, Roma, 1946).

II. Rapporto della Commissione economica (Agricoltura, due volumi; Industria, tre volumi: Problemi monetari e commercio estero, due volumi; Credito e Assicurazione, due volumi; Finanza, due volumi), ed. Ist. Poligrafico dello Stato, 1946.

III. Atti della Commissione per lo studio dei problemi del lavoro (tre volumi, ed. Ist. tip. U.E.S.I.S.A., 1946).

IV. Bollettino di informazione e documentazione del Min. per la Costituente (dal novembre 1945 al giugno 1946, pubbl. ogni dieci giorni, ed. U.E.S.I.S.A.).

B) *Lavori della Consulta Nazionale.*

— Quattro volumi editi dalla Tip. della Camera dei deputati (I Documenti; II Resoconti stenografici dell'assemblea plenaria; III Resoconti sommari dei lavori delle Commissioni riunite; IV Resoconti sommari dei lavori delle singole commissioni).

— La Consulta Nazionale, a cura del Segretariato generale della Camera dei deputati, 31 dic. 1948.

C) *Lavori della Costituente: Commissione dei 75.*

— Tre volumi di discussioni (I Adunanze plenarie; II Discussioni della prima e terza Sottocommissione; III Discussioni della seconda Sottocommissione), tutti editi dalla tip. Camera Deputati.
— Pubblicati soltanto in « Bozze di stampa », altri quattro volumi (Legislazione cost. comparata; Studî e monografie; Resoconti delle sedute della Commissione; Quadri di raffronto delle varie proposte).

D) *Lavori della Costituente: Assemblea plenaria.*

— Attività dei deputati della Costituente, un volume.
— Discussioni dell'Assemblea plenaria, dieci volumi.
— Progetto di costituzione, disegni di legge, relazioni e documenti, un volume (tutti editi dalla Tip. Camera dei Deputati).

XII

LA ILLEGITTIMITA' COSTITUZIONALE DELLE LEGGI NEL PROCESSO CIVILE
(con una lettera dedicatoria al prof. Enrico Redenti) (*)

INDICE-SOMMARIO

Lettera dedicatoria al prof. Enrico Redenti.

CAPITOLO I.

Il sindacato di costituzionalità sotto il cessato ordinamento.

1. Posizione dei problemi. — 2. Varî caratteri e tipi di sindacato sulle leggi. — 3. Il sindacato giudiziario nel cessato ordinamento: sindacato formale di costituzionalità sulle leggi. — 4. Sindacato materiale di legalità sui regolamenti.

CAPITOLO II.

Nozione di « illegittimità costituzionale ».

5. Leggi ordinarie e leggi costituzionali: legalità ordinaria e superlegalità costituzionale. — 6. Su quali norme si estende il sindacato. — 7. Diverse possibili figure di contrasto tra la legge ordinaria e la costituzione. — 8. Analisi dei varî casi di illegittimità costituzionale delle leggi ordinarie: A) Incompetenza. — 9. B) Eccesso di potere. — 10. C) Violazione di legge costituzionale: a) di legge formale; b) di legge sostanziale. — 11. Sindacato politico sulle leggi. — 12. Sindacato di legittimità sulle leggi costituzionali.

(*) [Pubblicato in volume per i tipi della Cedam, Padova, 1950. Tradotto in lingua spagnola da Santiago SENTÍS MELENDO in P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, a pp. 21-120]. [*Bibliografia*, n. 522].

Capitolo III.

Il procedimento per la dichiarazione di illegittimità costituzionale.

13. Sindacato incidentale e sindacato principale: sistema intermedio adottato dall'ordinamento italiano. — 14. La « pregiudiziale costituzionale » nel processo civile: facoltà del giudice di respingerla come « manifestamente infondata ». — 15. Possibili inconvenienti di questo sistema. — 16. Irrilevanza della questione pregiudiziale e interesse di chi la rileva. — 17. Il procedimento dinanzi alla Corte: legittimazione. — 18. Se il sindacato di legittimità abbia carattere giurisdizionale. — 19. Raffronto con istituti affini. — 20. Carattere dichiarativo o costitutivo della decisione della Corte: nullità o annullamento? — 21. Fondamento razionale del sindacato di legittimità in senso materiale: conflitto di leggi o conflitto di poteri?

Capitolo IV.

Effetti del giudizio di legittimità sul processo civile.

22. Se il giudice ordinario rimanga competente a dichiarare la nullità delle leggi mancanti dei requisiti formali. — 23. La sospensione del processo: quando sia necessaria e quanto duri. — 24. A norma di quale legge debba essere decisa la causa in cui è stata proposta la pregiudiziale di costituzionalità.

Mio caro Redenti,

mi sono messo anch'io, appena un po' di vacanza estiva me n'ha dato la possibilità, a scriver qualche pagina per quella raccolta di studi in tuo onore colla quale colleghi e discepoli si apprestano ad esprimerti la loro ammirazione e il loro affetto. Ma nello scrivere m'è avvenuto un caso, che per me scrittore potrebbe esser fortunato, ma che potrebbe diventare un infortunio per te lettore: che cioè, invece di qualche pagina, m'è venuto fuori, quasi senz'accorgermene, un volume.

Non so bene come questo mi sia capitato; ma ho il sospetto che molto del merito (o della colpa) sia tuo. Mi par di averti detto una volta, all'inizio di una discussione forense nella quale eravamo contraddittori, che io considero come una rasserenante consolazione ogni occasione che il foro o l'accademia mi offrano di poter discutere in colloquio con te di questioni giuridiche. Anche quando siamo avversari in toga (e mentre ti ascolto ho il presentimento che quel tuo modo così urbano e garbato di argomentare, arriverà a conquistare i giudici e a farmi perder la causa) non posso non rimanere incantato anch'io dalla forza persuasiva di quella tua eloquenza così onesta e così discreta, fatta di semplicità, di buona fede e di precisione, che non cerca mai di mascherare con stucchevoli vanterie la povertà intrinseca delle ragioni o di umiliare l'interlocutore per apparir più grande in suo confronto, ma che, nell'esporre anche gli argomenti più irresistibili, non trascura mai di lasciare intendere, con una vena di amabile e sorridente scetticismo, che tutti siamo uomini, e che tutti, finchè siamo di questa terra, possiamo sbagliare... Per questo, se io dovessi in una sola parola riassumere il carattere non solo della tua dialettica forense ma anche in generale della tua dottrina, della tua opera luminosa e fedele di maestro e di scienziato, di quella eleganza inconfondibile del tuo pensiero e del tuo stile che rivela il gusto delle humanae litterae *e la lunga consuetudine cogli antichi (ed anche, in fondo, per chi sappia intenderla, quella rassegnata consapevolezza della mestizia che è alla base del nostro destino), adoprerei la parola « civiltà ».*

Per misurare quanto gli uomini abbiano progredito nei millennî

dalla originaria bestialità verso la umanità, bisogna guardare al cammino che sono riusciti a compiere nell'arte, essenzialmente umana, di persuadersi colla ragione: per questo, se dovessi indicare qual è la più alta espressione di civiltà alla quale gli uomini sono giunti, mi verrebbe voglia di indicare come simbolo un'udienza giudiziaria. Non lo dico per ironia. Certo, sarebbe eccessivo giurare che tutte le udienze alle quali ci avvien d'assistere, corrispondano a questo ideale; ma qualche volta, in casi felici e memorandi, sembra proprio che questo ideale si avveri: quando in udienza gli avvocati parlano come te e i giudici li stanno a sentire come stanno a sentire quando tu parli, sembra quasi che in quell'aula pacifica ed attenta, dove nessuno alza la voce, si celebri la sacra rappresentazione dello sforzo che fanno gli uomini di buona volontà per arrivare ad intendersi col solo aiuto della ragione; e questa è la civiltà.

Tu penserai, caro Redenti (mi par di vedere un certo tuo fine sorriso), che non c'era bisogno di prenderla così larga per arrivare a dire in fondo che, se nello scrivere non m'è riuscito di concludere il mio argomento nel giro di poche pagine, questo significa che le mie idee non erano ancora abbastanza chiare e mature per essere espresse con concisione, e che, insomma, per veder di chiarirle, ho bisogno del tuo aiuto. Forse è proprio così: nel mettermi a scrivere un articolo destinato a te, mi è sembrato di averti lì, interlocutore presente, e di poter esporre a te, che pazientemente, come di solito, mi ascoltavi, questioni da discutere e dubbi da chiarire col tuo consiglio; vedrai infatti che in questo libretto, più che soluzioni raggiunte, si propongono temi di indagine che nei prossimi anni, per quel che si può prevedere, saranno oggetto di importanti dibattiti, in dottrina ed in giurisprudenza: e forse anche in Parlamento.

Accetta dunque come dedicato a te, e come facente parte idealmente della raccolta di studi in tuo onore, tutto intero il libretto, del quale questa lettera dedicatoria è la messaggera: nella quale, per meglio esprimer l'augurio di poter presto leggere la tua opinione chiarificatrice su tutti questi argomenti ancora in me un po' confusi e fluidi, voglio riassumerti in alcuni punti essenziali quali sono state nel corso del mio lavoro le perplessità e le inquietudini che mi hanno spinto a prolungare con te questa amichevole conversazione a distanza, che è andata, lo riconosco (poichè, sì, anche cogli amici non bisogna esagerare) oltre i limiti della discrezione.

* * *

Nel mettermi a scrivere, son partito da questa premessa. Avremo presto in funzione, nel nostro ordinamento, la Corte costituzionale, la

cui attribuzione più innovatrice e più importante sarà quella di dichiarare la « illegittimità costituzionale » delle leggi contrarie alla Costituzione. Questa fondamentale innovazione potrebbe lasciare indifferenti i processualisti, se la Corte costituzionale fosse ordinata in modo da esercitare questo suo ufficio senza avere alcuna relazione o contatto cogli organi giudiziari: poichè la decisione della Corte ha sulla legge dichiarata illegittima effetti sostanzialmente abrogativi, questa innovazione costituzionale, equivalente in sostanza alla introduzione di una nuova forma di abrogazione delle leggi, non porrebbe nuovi problemi nel campo del diritto processuale.

Ma i problemi nascono perchè, nell'ordinamento che sta per entrare in vigore, è stato stabilito che la Corte costituzionale non può essere investita della questione di illegittimità costituzionale di una legge, se non quando questa sia stata sollevata come pregiudiziale in un processo in cui si trattasse di applicare questa legge a un caso concreto. Per salire fino alla Corte costituzionale bisogna dunque che la questione passi attraverso la scala del giudizio ordinario: che nasca, cioè, come questione di applicabilità ad un caso singolo per potersi allargare a diventare questione di validità in ogni caso. Quando sorge dinanzi al giudice il dubbio che la legge da applicare sia illegittima, il giudizio sul caso particolare si arresta, e la questione è rimessa alla Corte costituzionale affinchè decida, in via generale, quel dubbio; e solo quando la Corte costituzionale si sarà pronunciata in via generale, il giudizio particolare rimasto sospeso potrà riprendere il suo corso.

Così il giudice è chiamato a fare, si potrebbe dire, da portiere della Corte costituzionale: anzi, si potrebbe dire ancor meglio, la Corte costituzionale è sprovvista di una sua porta grande, e non ha altra entrata che l'usciolino modesto del giudice. La Corte costituzionale e l'amministrazione della giustizia ordinaria vivono per così dire in simbiosi, senza poter fare a meno l'una dell'altra: se il giudice ordinario non apre la porta, la Corte non può entrare in funzione; ma quando la Corte è entrata in funzione, il giudice ordinario non può più richiuderla, e per poter continuare il proprio lavoro, bisogna che aspetti che quella abbia finito il suo.

Si può sperare che questa singolare simbiosi si svolga senza inconvenienti e senza sacrifici? Candido direbbe che, tra i due sistemi di sindacato costituzionale sulle leggi finora esperimentati nei varî ordinamenti (quello incidentale in via giudiziaria, e quello principale dinanzi a un organo apposito), questo tertium genus *intermedio adottato da noi rappresenterà il migliore di tutti i sistemi possibili; e così ne descriverebbe i vantaggi: — Quando, ma assai di rado, si troverà qualche legge contraria alla Costituzione (non per cattiva volontà del Parlamento, ma per scusabile disattenzione), si tratterà sempre di un*

contrasto chiaro ed aperto, facilmente riconoscibile con criteri puramente giuridici; in tali casi eccezionali, e soltanto in questi, la parte a carico della quale si dovrebbe applicare la legge incostituzionale, avrà interesse a sollevar la questione dinanzi al giudice, il quale, riconoscendo subito la serietà della questione, si affretterà a rimettere la decisione di essa alla Corte costituzionale: la Corte, in base a sicuri e semplici criteri giuridici, si accorgerà in un batter d'occhio della illegittimità costituzionale se c'è, e senza indugiare un istante dichiarerà inefficace la legge riconosciuta illegittima; e così, dopo una breve sospensione di poche settimane, il giudice riceverà la risposta della Corte, e il processo potrà riprendere il suo corso per esser prontamente deciso in conformità di essa... Così il giudice aiuterà la Corte costituzionale, rivelandole i casi eccezionali in cui è necessario il suo sindacato; e viceversa la Corte costituzionale aiuterà il giudice, dandogli pronta certezza sul diritto da applicare... —

Ma forse Candido si illude: non immagina che in questa forzata simbiosi potrà accadere che uno dei due conviventi diventi il parassita e l'altro lo sfruttato (o che le esigenze della Corte costituzionale diventino, messe in mano a litiganti di malafede, un pretesto dilatorio per turbare e ritardare il corso del processo; o che il passaggio obbligato attraverso il processo si restringa fino a rendere irraggiungibili i fini della Corte costituzionale).

* * *

Se tu avrai, caro Redenti, la pazienza di leggere tutto il libro che questa lettera ti dedica, vedrai quali sono le ragioni di ordine giuridico e politico che mi inducono a queste previsioni meno ottimistiche.

Tuttavia, per risparmiarti la fatica, voglio qui riassumertele (ma mi tengo basso nel numero, per non spaventarti) in sei punti.

I. — *Di tutti i temibili abusi viene in mente per primo, come il più semplice e il più naturale, quello della facilità con cui i litiganti si serviranno della pregiudiziale di illegittimità costituzionale come espediente al solo scopo di ritardare il corso della giustizia: se basterà sollevar questa questione perchè il giudice debba senz'altro sospendere il processo in attesa che si pronunci la Corte, non vi sarà giudizio in cui una delle parti non si senta tentata a ricorrere a questo sicuro ritrovato per guadagnar tempo, e la Corte costituzionale si sentirà in breve talmente schiacciata dall'afflusso di questi reclami proposti a scopo meramente dilatorio, che il ritmo del suo lavoro progressivamente dovrà diventare di anno in anno sempre più lento ed asmatico. Così i causidici con una eccezione di illegittimità costituzionale get-*

tata lì a casaccio, avranno (e non ce n'era bisogno) lo specifico infallibile per rimandar la decisione della causa di qualche anno.

II. — *Per rimediare a questo inconveniente, è stato stabilito che il giudice, di fronte alla pregiudiziale di illegittimità costituzionale sollevata da una delle parti, possa rifiutarsi di prenderla in considerazione, qualora gli sembri,* ictu oculi, « *manifestamente infondata* »; *si pensa che in questo modo il giudice potrà impedire che la Corte sia soffocata sotto un cumulo di questioni proposte senza alcun serio costrutto al solo scopo di ritardare il processo. Ma con questo sistema si rischia di cadere nell'opposto pericolo: potrà avvenire che il giudice, sentendosi non solo custode della porta della Corte costituzionale, ma arbitro di non aprirla quando a lui così piaccia, sia naturalmente portato, purchè il processo cammini celermente, a svalutare come manifestamente infondate anche quelle pregiudiziali che in realtà meriterebbero di esser portate all'esame della Corte costituzionale. E così accadrà che il passaggio obbligato attraverso il processo, invece che a facilitare, col filtrare i reclami, il funzionamento della Corte, servirà addirittura, col respingerli sul nascere, a impedirle di esercitare il suo ufficio.*

III. — *D'altra parte, perchè potesse compiersi senza inconvenienti questa scelta preliminare, demandata al giudice, delle questioni degne di esser rimesse alla Corte costituzionale, bisognerebbe esser certi che il giudizio preliminare del giudice e quello approfondito della Corte potessero svolgersi in base a criteri omogenei, cioè secondo criteri esclusivamente giuridici. Viceversa non mancano ragioni per far ritenere che tra il giudizio preliminare del giudice e quello approfondito della Corte possa non esservi omogeneità: dato il sistema con cui è stata redatta la nostra Costituzione (nella quale molte disposizioni hanno soltanto l'apparenza di norme giuridiche, ma nella sostanza sono soltanto enunciazioni programmatiche di propositi politici), c'è da pensare che la funzione della Corte costituzionale consisterà assai spesso nel sindacare se il Parlamento colle sue leggi sia stato fedele al programma contenuto nella Costituzione, ed assumerà quindi, anche senza volerlo, caratteri di controllo politico. E allora potrà accadere che tra l'esame preliminare affidato al giudice e quello approfondito spettante alla Corte vi sia una dannosa sconcordanza di criteri: potrà darsi cioè che il giudice, ispirandosi a ragioni strettamente giuridiche, consideri manifestamente infondata, e quindi respinga senz'altro, una questione di illegittimità costituzionale che, se fosse arrivata fino alla Corte costituzionale, sarebbe stata certamente accolta sotto il profilo di quella alta critica politica che la Corte è chiamata ad esercitare. E così,*

anche per questa sconcordanza di criterî, il passaggio obbligato attraverso il processo riuscirà, per il buon funzionamento della Corte costituzionale, non un aiuto, ma un ritardo o addirittura un impedimento.

IV. — *Peggio avverrà se il giudice, per superare questa sconcordanza e mettersi in armonia col sistema, crederà di poter dare al suo esame preliminare un carattere di delibazione politica, che anticipi la valutazione demandata alla Corte. Si immagini per esempio che il Parlamento emani una legge per disciplinare il diritto di sciopero e che in un giudizio in cui questa legge stia per essere applicata si sollevi la questione della sua inconciliabilità coll'art. 40 della Costituzione. Qui, sotto l'apparenza di una questione giuridica, vi sarà indubbiamente la sostanza di una divergenza politica: e il giudice che si rifiuterà di rimettere alla Corte costituzionale la questione ritenendola « manifestamente infondata », avrà fatto così, anche senz'accorgersene, una valutazione politica. In questo modo la politica si insinuerà fatalmente nei giudizi: la questione sarà soffocata come manifestamente infondata ovvero sarà guardata di buon occhio e accompagnata con tutti gli onori fino alla Corte costituzionale, secondo le preferenze politiche del giudice. E non è poi detto che le preferenze politiche del giudice possano sempre corrispondere a quelle prevalenti dinanzi alla Corte costituzionale; sicchè potrà avvenire che nella sua decisione preliminare il giudice si regoli diversamente, nel senso di respinger subito la pregiudiziale o di aprirle il varco verso la Corte, secondo le previsioni che egli farà sugli umori politici prevalenti in quel momento alla Corte stessa.*

V. — *Questo pericolo di infiltrazioni politiche nella giustizia sarà tanto più grave in quanto avverrà certamente che contro certe leggi di più larga risonanza politica (come potrebbero essere le leggi limitatrici del diritto di sciopero) le correnti di opposizione solleveranno fin dal giorno della loro pubblicazione l'accusa generica di incostituzionalità: e allora, non essendo previsto alcun mezzo per investir direttamente della questione la Corte costituzionale, accadrà che, a iniziativa di qualche partito, si creeranno le circostanze concrete per far sorgere appositamente un processo in cui la questione possa esser sollevata, e di lì trasmessa alla Corte costituzionale. Si avranno dunque processi fittizi, creati come espediente obbligato per aprir l'adito a un dibattito politico dinanzi alla Corte: e il giudice che si accorgerà di ciò, potrà anche rifiutarsi a questo giuoco, e non si potrà impedire che, nel determinare il suo atteggiamento in simili contingenze, abbiano qualche peso le sue simpatie politiche.*

VI. — *Ma i dubbi non si arrestano qui; il più grave l'ho lasciato per ultimo. Questa specie di servizio di anticamera che il processo dovrebbe esercitare di fronte alla Corte costituzionale, è tutto fondato sul presupposto che nel processo vi sia una parte che abbia* interesse *a sollevare la pregiudiziale di illegittimità costituzionale, in quanto sappia che la risoluzione di essa avrà rilevanza concreta sulla decisione della sua causa. Ma questo presupposto mi par che debba venir meno nella massima parte dei casi, in forza di quella disposizione della Costituzione* (*art.* 136) *secondo la quale le decisioni della Corte costituzionale non hanno effetto dichiarativo* ex tunc, *ma effetto costitutivo* ex nunc; *la norma dichiarata illegittima dalla Corte « cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione ». Questo vuol dire dunque che quando il processo rimasto sospeso riprende il suo corso, il giudice, anche se la Corte ha dichiarato illegittima la legge, dovrà tuttavia applicarla come se fosse legittima al concreto rapporto controverso, poichè questo è nato quando essa* (*solo oggi annullata* ex nunc) *era ancora in vigore. Ma, se questo è esatto, ci si accorgerà che la questione di illegittimità costituzionale di una legge non avrà mai rilevanza pregiudiziale nella causa in cui questa legge debba essere applicata; perchè, anche se si riuscirà a ottenere che la Corte costituzionale la annulli, tale annullamento varrà per tutti i casi futuri, ma non per quello in cui la questione è stata sollevata per la prima volta. E allora l'interesse a sollevare la questione non ci sarà mai: e così, se non m'inganno, verrà meno quella che dovrebbe essere la molla di tutto questo meccanismo...*

* * *

Come vedi, mio caro Redenti, i dubbi non sono pochi nè leggeri: in questa associazione forzata tra il processo e il sindacato costituzionale, c'è da temere che accadranno frammischiamenti incresciosi ed intralci che corromperanno l'uno o l'altro: e magari tutt'e due. Di tutti questi pericoli non sembra che finora nè i giuristi nè gli uomini politici si siano accorti: nessuno ha finora agitato nell'opinione pubblica questi problemi. Forse non si è capito abbastanza che la Corte costituzionale, così come è stata concepita da noi, non è un organo giurisdizionale, ma un organo superlegislativo: e che, incardinandola nel sistema giudiziario, c'è il pericolo di veder adulterati i giudizi dalle esigenze della politica, e ostacolato il sindacato costituzionale dalle esigenze della giustizia.

Su tutte queste questioni amerei sentire la tua opinione. Ma forse mi diresti, con quel po' di scetticismo che sta al fondo di ogni vera saggezza, che non bisogna poi spaventarsi troppo di queste temute

commistioni tra giustizia e politica, le quali, anche quando non sono confessate, hanno sempre vegetato, da che mondo è mondo, nel fertile sottosuolo del processo: e mi ammoniresti che chi più sventola che la politica non deve entrare nella giustizia, più si serve di questa bandiera per fare politica in senso contrario...

In ogni modo, caro Redenti, accogli queste mie pagine sopra tutto come un invito a questi problemi e come un affettuoso augurio di lungo e proficuo lavoro scientifico intorno ad essi.

Forse per giudicare sui temibili inconvenienti del sindacato costituzionale che sta per entrare in vigore in Italia, è ancor troppo presto; per poter trarre conclusioni che non siano avventate, occorrerà qualche decennio di esperienza. E allora facciamo così: tu intanto, abbi pazienza di leggere questo libretto, e nei ritagli di tempo medita, se non ti dispiace, su questi problemi. E diamoci fin d'ora appuntamento per riparlarne fra due o tre decennî: così potremo tirare senza fretta le somme delle nostre meditazioni.

Con questo augurio, ti stringe la mano il tuo

PIERO CALAMANDREI

Marina di Poveromo,
settembre 1949.

CAPITOLO I.

IL SINDACATO DI COSTITUZIONALITA' SOTTO IL CESSATO ORDINAMENTO

1. Posizione dei problemi. — 2. Varî caratteri e tipi di sindacato sulle leggi. — 3. Il sindacato giudiziario nel cessato ordinamento: sindacato formale di costituzionalità sulle leggi. — 4. Sindacato materiale di legalità sui regolamenti.

1. — Quando sarà entrata in funzione (non oltre, speriamo, il 1950) la Corte costituzionale, alla quale la Costituzione attribuisce il potere di dichiarare la « illegittimità costituzionale » delle leggi (Cost., articolo 136), quali ripercussioni avrà sul processo civile questa fondamentale innovazione del nostro ordinamento giuridico? quali saranno, nell'esercizio di questo sindacato di costituzionalità, le relazioni e i limiti di competenza tra l'autorità giudiziaria e la Corte costituzionale? i poteri del giudice ordinario, nel riconoscere la validità di una legge prima di applicarla, rimarranno invariati, o ne risulteranno, in più o in meno, modificati? quali diramazioni e quali soste saranno imposte al corso del procedimento dalla necessità di dare adito a questo controllo sulla legittimità delle leggi, che finora il nostro ordinamento non conosceva così penetrante e con speciale attribuzione ad un organo apposito?

Devo avvertire subito che qui, più che le risposte (che hanno valore opinabile e necessariamente provvisorio) possono aver interesse le domande: come prima posizione di problemi che dovranno avere nel futuro, è prevedibile, una lunga elaborazione dottrinaria e giurisprudenziale. Questi problemi stanno per ora, mentre scrivo, a mezza strada tra l'*ius conditum* e l'*ius condendum*: i principî fondamentali della Corte costituzionale e del sindacato ad essa attribuito si trovano infatti già segnati negli articoli 134-137 della Costituzione, e nella legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, che detta *norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie di indipendenza della Corte costituzionale;* ma la legge ordinaria, la quale dovrà stabilire, com'è previsto dall'art. 137 della Costituzione « le altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte », è ancora in elaborazione: il disegno di questa legge (che si intitola appunto *Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzio-*

nale), è stato già discusso ed approvato dal Senato nella seduta del 17 marzo 1949 (stampato n. 23) (1), ed è attualmente in discussione dinanzi alla apposita commissione della Camera dei Deputati (stampato n. 469).

Lo scopo di queste mie note, che, data la assoluta novità dell'argomento, hanno necessariamente carattere preliminare e introduttivo (si vedrà per questo, che per ogni problema, più che scegliere una soluzione mi limiterò a enumerare le varie soluzioni possibili), non è soltanto quello di cominciare ad illustrare i principî fondamentali dell'istituto già segnati *in iure condito*, ma altresì quello di mettere in evidenza quali potranno essere *in iure condendo* i temi di discussione che prevedibilmente affioreranno nei prossimi lavori parlamentari, e quali potranno essere le soluzioni dei problemi pratici ancora insoluti (2).

2. — Si parla correntemente, nella dottrina e nella pratica, di *illegittimità* degli atti giurisdizionali e degli atti amministrativi, tutte le volte che nel loro procedimento di formazione e nel loro contenuto si possa riscontrare, sotto varî aspetti e in diverse figure, la trasgressione di una norma giuridica avente forza di legge. Non altrettanto comunemente finora si parlava di « illegittimità » con riferimento all'atto legislativo: perchè l'espressione di « legge illegittima », che d'ora in avanti entrerà necessariamente nel nostro linguaggio giuridico, poteva parere che contenesse in sè una contraddizione in termini, dato che la legge appare di per sè, nella comune accezione, legittima per definizione.

---

(1) Le discussioni, su relazione del sen. PERSICO, si sono svolte nelle sedute del 25, 26, 27, 28 gennaio; 1, 3, 4, 10, 11, 15, 16, 17, 18, 23 febbraio; 10, 12, 16, 17 marzo 1949: la relazione PERSICO e le risposte del relatore ai vari oratori, seguite dal disegno di legge nelle sue tre redazioni (governativo; approvato dalla Commissione; approvato dal Senato) sono pubblicate in separato volume (PERSICO, *La Corte costituzionale*, Roma, 1949). I lavori preparatorî dell'Assemblea Costituente sono ampiamente riportati nel commento alla Costituzione di FALZONE ed altri, citato nella nota seguente.

(2) Nella dottrina italiana, la letteratura sulla Corte costituzionale è ancora scarsa: oltre quello che si può leggere sui primi commenti alla Costituzione (cfr. FALZONE-PALERMO-COSENTINO, *La Cost. della Rep. italiana illustrata*, Roma, 1948, pagg. 240-251; AMORTH, *La Costituzione italiana*, Milano, 1948, pag. 21 e segg.; BALLADORE PALLIERI, *Dir. costituzionale*, Milano, 1949, pag. 232-243), cfr. le seguenti monografie: LA TORRE, *Le garanzie costituzionali nella nuova Costituzione* (nel vol. *Il centenario del Parlamento*, Roma, 1948, pag. 434 e segg.); AZZARITI, *Considerazioni sulla nuova disciplina del sindacato sulla costituzionalità delle leggi*, in *Foro Padano*, 1948, IV, 49; PETRUCCI, *La Corte costituzionale*, in *Commentario sistematico alla Cost. italiana*, Firenze, 1950, vol. II, pag. 431 e segg.; MORTATI, *La Corte cost. e i presupposti per la sua vitalità*, in *Iustitia*, 1949, pag. 69.

Eppure anche la legge può essere viziata da illegittimità, o perchè durante la sua formazione sia intervenuta qualche infrazione delle norme che regolano il corso del procedimento legislativo, o perchè il contenuto di essa sia in contrasto con qualche altra norma di efficacia prevalente, alla quale le leggi stesse debbano uniformarsi; ed anche per le leggi, come per l'atto amministrativo o per la sentenza, può accadere che la illegittimità della forma o del contenuto costituisca un impedimento o un limite alla loro efficacia. Anche sulle leggi quindi è pensabile (in forme diverse e con diversa penetrazione secondo i varî ordinamenti costituzionali) un controllo o sindacato di legittimità (la cosiddetta « *justice constitutionelle* »); anche per le leggi, come per gli atti amministrativi e per le sentenze, si può ricercare in quali casi ed in quali limiti la loro legittimità è condizione della loro *validità* (1).

Per adoprare fin da principio una terminologia costante, sembra opportuno rilevare preliminarmente che i varî sistemi di sindacato di *legittimità* (o, come anche si dice, di *costituzionalità*) sulle leggi, possono distinguersi secondo diversi aspetti e caratteri, di cui i più importanti sono i seguenti.

Per l'oggetto, cioè per la natura dei vizi che formano oggetto del sindacato, esso può distinguersi in *formale* e *materiale* (s. di legittimità formale e s. di legittimità materiale), secondo che verta sulle irregolarità procedurali intervenute nel procedimento formativo della legge, ovvero sui vizi inerenti al contenuto materiale della legge, formalmente regolare.

Per l'organo che lo esercita, si può distinguere in *giudiziario* o *autonomo* (si potrebbe anche dire *diffuso* o *accentrato*) secondo che ad esercitarlo siano chiamati tutti gli organi dell'autorità giudiziaria, ovvero un unico ed apposito organo costituzionale, istituito con questa attribuzione esclusiva e posto in posizione centrale e preminente, al di fuori di ogni altro ordine di organi.

Per la legittimazione di chi può proporlo, si può distinguere in *incidentale* o *principale*, secondo che possa proporsi soltanto in via pregiudiziale da chi è parte in una controversia concreta, al momento in cui si tratta di applicare la legge di cui si contesta la legittimità,

---

(1) Cfr. in proposito l'opera fondamentale dell'Esposito, *La validità delle leggi* (Padova, 1934). Nella dottrina straniera è fondamentale lo scritto del Kelsen, *La garantie juridictionelle de la Constitution* (*La Justice constitutionelle*), pubbl. sulla *Rev. de droit public*, vol. 45, 1928, pag. 197; questo, ed altri scritti del K. sulla materia hanno molta importanza anche per noi, perchè la nostra Corte costituzionale ha molti punti di somiglianza col *Verfassungsgerichtshof* della Costituzione austriaca del 1920-1929, della quale il K. fu il principale artefice.

ovvero possa proporsi come tema separato e principale della richiesta, mettendo direttamente in questione la legittimità della legge in generale, senza attendere che ne sia offerta l'occasione da una controversia di specie.

Per la estensione dei suoi effetti, si può distinguere in *generale* o *speciale,* secondo che l'accertamento della illegittimità porti ad invalidare la legge *erga omnes* ed a farle perdere per sempre la sua efficacia normativa generale ed astratta, ovvero porti soltanto a negarne l'applicazione al caso concreto, con effetti limitati alla sola specie decisa.

Per la natura dei suoi effetti si può distinguere in *dichiarativo* o *costitutivo,* secondo che la pronuncia di illegittimità operi come accertamento retroattivo di una nullità preesistente (*ex tunc*), ovvero come annullamento o inefficacia *ex nunc,* che vale per il futuro ma rispetta per il passato la validità della legge illegittima.

Questi sono i principali caratteri elementari secondo i quali si possono distinguere i varî sistemi di sindacato sulla legittimità costituzionale delle leggi, adottati nei diversi ordinamenti positivi: i quali caratteri, quantunque li abbiamo considerati qui separatamente in tanti binomî contrapposti, vanno di solito raggruppati secondo una certa necessità logica (così, ad esempio, il sindacato *giudiziario* è necessariamente *diffuso, incidentale, speciale* e *dichiarativo;* e viceversa il sindacato *autonomo* è *accentrato, principale, generale* e *costitutivo*) (1).

3. — Non si deve credere che il sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi (o « di costituzionalità », come finora si diceva) sia, nell'ordinamento italiano, una assoluta novità introdotta per la prima volta dalla Costituzione repubblicana.

Novità è certo la espressione di « illegittimità costituzionale »; ma un certo controllo sulla « costituzionalità » delle leggi esisteva anche sotto l'ordinamento precedente, sia pure in limiti molto più ristretti e con forme molto meno solenni e appariscenti. Sotto l'ordinamento precedente il sindacato di « costituzionalità » esisteva, ma con questi caratteri: era *formale, giudiziario, diffuso, incidentale, speciale, dichiarativo.* La grande innovazione della Costituzione è stata quella di averlo allargato anche alla legittimità *materiale* delle leggi, e di averlo attribuito ad un organo *centrale* ed *autonomo* (la Corte costituzionale) che lo esercita in via *principale,* e con effetto *generale* e *costitutivo.* (Tuttavia la trasformazione non è stata così netta come a prima vista parrebbe: perchè tra i due sistemi opposti l'ordina-

(1) Su alcune di queste distinzioni, cfr. KELSEN, scritto cit., pagg. 214-221.

mento italiano ha adottato, come si vedrà al n. 13, qualche temperamento intermedio).

La possibilità di un sindacato di costituzionalità sulle leggi non era esclusa nell'ordinamento precedente dal fatto che la costituzione italiana (lo Statuto albertino) fosse allora flessibile, cioè modificabile con legge ordinaria. La flessibilità della costituzione esclude, come si dirà, il sindacato *materiale,* ma non il sindacato *formale* sulla costituzionalità delle leggi: anche negli ordinamenti a costituzione flessibile, si hanno norme *sostanzialmente* costituzionali, cioè di contenuto costituzionale, (anche se formalmente emanate e modificabili colle stesse forme delle leggi ordinarie), come son quelle che stabiliscono quali sono gli organi ai quali compete il potere legislativo, come deve svolgersi il procedimento di formazione delle leggi, di quali forme un atto dev'essere rivestito per aver forza di legge. Ora queste norme sostanzialmente costituzionali debbono essere osservate (fino a che non siano state abrogate da un'altra legge), affinchè una legge nasca in maniera regolare e valida; e si può quindi concepire che anche in un ordinamento a costituzione flessibile si possa porre il problema della validità della legge, e possa esservi un sindacato sulla sua « costituzionalità », volto ad accertare se la legge sia stata emanata col rispetto di quelle norme procedurali (sostanzialmente costituzionali) alla cui osservanza è condizionata la sua validità.

In questo senso si ammetteva sotto l'ordinamento precedente che il giudice, quando era chiamato ad applicare una legge ad una concreta controversia, potesse entro certi limiti, e col rispetto dell'autonomia dei corpi legislativi (1), sindacarne la validità *formale;* e rifiutarsi di applicarla, qualora accertasse la mancanza dei requisiti formali indispensabili per la validità. Così si ammetteva che il giudice, prima di applicare una legge, potesse accertare se vi fosse coincidenza fra il testo approvato dalla Camera e quello approvato dal Senato, o che, prima di applicare le norme di un decreto governativo «avente forza di legge » (cfr. art. 3 disp. sulla legge in generale; e l. 31 gennaio 1926, n. 100), potesse controllare se erano stati rispettati i limiti della delegazione legislativa, o le modalità prescritte per la conversione dei decreti-legge (2). Si trattava in ogni caso di un sindacato puramente *formale*: non valutazione critica della giustizia intrinseca e della opportunità politica del contenuto di una legge, ma accertamento della sua *esistenza formale.* Si capisce quindi come l'accertamento di questa inesistenza pronunciato dal giudice al solo scopo di stabilire pre-

(1) Cfr. RANELLETTI, *Istituzioni di dir. pubblico,* 13ª ed., vol. I, n. 63; vol. II-III, n. 279 (cfr. anche ESPOSITO, op. cit., cap. I).

(2) Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni di dir. proc. civile* (1944), II, § 85.

giudizialmente se la legge fosse applicabile al caso concreto, non potesse aver valore altro che nei limiti del caso deciso, *incidenter tantum* (senza con questo pregiudicare la efficacia di quella legge come comando generale ed astratto valevole per l'avvenire); ma che, entro questi limiti, dovesse avere effetto retroattivo, in quanto la accertata inesistenza formale della legge doveva necessariamente portare a decider quella controversia *come se quella legge non fosse mai stata emanata.*

4. — Non si può dire tuttavia che neanche sotto l'ordinamento precedente fosse del tutto sconosciuto un sindacato *materiale* sul contenuto di certe norme giuridiche: non sulle leggi in senso formale, nè sugli atti del governo « aventi forza di legge » (perchè in regime di costituzione flessibile la legge posteriore abrogava sempre quella anteriore, e quindi il contenuto di questa non poteva mai trovarsi in contrasto con leggi anteriori che fossero per essa vincolanti), ma su altre categorie di norme giuridiche *meno resistenti*, la cui efficacia era condizionata a che il loro contenuto non fosse in contrasto con quello di altre norme, destinate in ogni caso ad aver la prevalenza. Tale era il caso dei regolamenti, i quali, per l'art. 4 delle Disp. sulla legge in generale, « non possono contenere norme contrarie alle disposizioni delle leggi »: se una norma regolamentare si trovava in contrasto per il suo contenuto colla disposizione di una legge, il giudice non poteva applicarla, perchè il regolamento è valevole ed applicabile solo « in quanto sia conforme alla legge » (art. 5, l. 20 marzo 1865, n. 2248 all. E) (1).

Qui dunque, nel contrasto tra legge e regolamento, l'autorità giudiziaria doveva necessariamente esercitare sul regolamento un sindacato *materiale* di legittimità (di *legalità*, non di *costituzionalità*), attinente non soltanto alla forma ma anche al contenuto del regolamento, e consistente in un raffronto tra il contenuto della norma regolamentare e il contenuto della disposizione di legge. Il sindacato di legittimità in senso materiale non era dunque sconosciuto neanche sotto il vecchio ordinamento, sia pure nei limiti di una ristretta categoria di norme giuridiche *meno resistenti*, per le quali non valeva il principio della prevalenza della norma posteriore.

Si deve anche notare fin d'ora che contro le norme giuridiche regolamentari era aperta altresì in certi casi, ed è aperta tuttora (quando si verificano le condizioni per le quali si può chiedere agli organi della giustizia amministrativa l'annullamento di un atto amministrativo illegittimo), la via per ottenere l'annullamento *erga omnes*

---

(1) RANELLETTI, *Istituzioni*, cit., vol. II-III (1949), pag. 254.

del regolamento: sicchè contro queste norme giuridiche regolamentari c'era, e c'è, un doppio sindacato di legittimità (= legalità) materiale: quella incidentale dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria e quella principale dinanzi agli organi della giustizia amministrativa.

CAPITOLO II.

NOZIONE DI « ILLEGITTIMITA' COSTITUZIONALE »

5. Leggi ordinarie e leggi costituzionali: legalità ordinaria e superlegalità costituzionale. — 6. Su quali norme si estende il sindacato. — 7. Diverse possibili figure di contrasto tra la legge ordinaria e la costituzione. — 8. Analisi dei varî casi di illegittimità costituzionale delle leggi ordinarie: *A*) Incompetenza. — 9. *B*) Eccesso di potere. — 10. *C*) Violazione di legge costituzionale: *a*) di legge formale; *b*) di legge sostanziale. — 11. Sindacato politico sulle leggi. — 12. Sindacato di legittimità sulle leggi costituzionali.

5. — Da questo sindacato materiale di legittimità che anche sotto il vecchio ordinamento il giudice poteva esercitare sul contenuto di una ristretta categoria di norme giuridiche (sindacato sul contenuto della norma regolamentare per accertare se fosse conforme al contenuto della legge), si può risalire alla più vasta nozione, introdotta dall'ordinamento attuale, di sindacato materiale di legittimità costituzionale sulle leggi (sindacato sul contenuto delle leggi per accertare se siano *conformi* al contenuto delle norme costituzionali). Il meccanismo del sindacato materiale di legittimità, che si potrebbe anche chiamare sindacato *di conformità*, è infatti nei due casi, sia pure in diverso ambito, identico: consiste, qua e là, in un raffronto tra il contenuto di due norme giuridiche, che si conclude, quando si accerti che esse sono in contrasto, col dare la prevalenza alla norma *più resistente* (alla legge, se è in contrasto col regolamento, nel primo caso; alla norma costituzionale, se è in contrasto colla legge, nel secondo caso).

Questo sindacato materiale di legittimità presuppone dunque un contrasto di volontà tra due norme giuridiche, ciascuna delle quali, presa in sè, sarebbe formalmente regolare e valida. Per sciogliere questo contrasto, si possono seguire due criterî: uno è il criterio *temporale*, secondo il quale di due norme che si contraddicono prevale in ogni caso quella emanata posteriormente (*lex posterior derogat priori*; art. 15 Disp. sulla legge in gen.); l'altro è il criterio che si potrebbe dire *gerarchico*, secondo il quale le norme giuridiche, in base alla loro fonte o alla loro forma, sono distinte in diverse categorie graduate

in ordine di priorità, in modo che se vengono in conflitto due norme appartenenti a diverse categorie, debba in ogni caso prevalere, anche se emanata anteriormente, quella che nella graduatoria ha la precedenza.

Qui si stabilisce tra le varie categorie di norme giuridiche (quasi, si direbbe, a somiglianza della *scala delle durezze* che i fisici hanno stabilito per i minerali) una graduatoria di resistenza: quando si urtano tra loro norme giuridiche resistenti in diverso grado, quella più resistente anche se più antica prevale sempre, come nell'urto tra il vaso di ferro e il vaso di coccio, su quella più recente ma più fragile. Questo è appunto il significato pratico di quel sistema della costituzione *rigida*, che è stato introdotto in Italia dal nuovo ordinamento. Il principio della rigidezza, che sotto il vecchio ordinamento vigeva nei rapporti tra la legge formale e il regolamento, il quale per essere valido, doveva non contenere « norme contrarie alle disposizioni delle leggi » (citato art. 4 delle Disp. sulla legge in generale), si riproduce oggi, con le debite differenze, tra le leggi costituzionali e le leggi ordinarie, delle quali ultime si può dire, adattando ad esse la stessa formula, che per esser valide non devono contenere norme contrarie alla Costituzione e alle altre leggi costituzionali.

In questo modo, al disopra delle leggi *crdinarie*, che nel precedente ordinamento a costituzione flessibile rappresentano la più alta e illimitata espressione di volontà dello Stato (1), sono poste oggi, come suprema fonte dell'ordinamento giuridico, le leggi *costituzionali*, le quali si distinguono da quelle ordinarie non solo per il loro contenuto (2), ma anche per la loro *forma* (in quanto siano state approvate come tali dall'Assemblea costituente, o siano successivamente approvate con quello speciale procedimento legislativo più solenne che la Costituzione, art. 138, stabilisce appunto per l'approvazione delle leggi costituzionali). Così per l'esistenza al vertice dello Stato di queste *superleggi* che costituiscono limiti per lo stesso legislatore ordinario, esiste oggi, al disopra della legalità, una superlegalità (3) alla quale le leggi ordinarie debbono, per esser valide, conformarsi.

Sorge in tal modo il concetto, che alla prima potrebbe parere assurdo, di una *legge illegale* (= *incostituzionale*), di una legge ordinaria che è illegale, non perchè sia irregolare la sua forma, ma perchè non è conforme alla Costituzione il suo contenuto. Da ciò la necessità di accertare, al momento in cui si deve applicare una legge ordi-

---

(1) Cfr. però Esposito, op. cit., pag. 59 e segg.

(2) Ranelletti, *Istituzioni*, cit., vol. II-III, n. 280.

(3) Cfr. Amorth, *La Costituzione italiana*, (Milano, 1948), pag. 21.

naria, se essa sia o non sia conforme alla norma costituzionale (1): e in ciò consiste appunto quel sindacato di *conformità costituzionale* sulle leggi ordinarie che la nostra Costituzione chiama sindacato di « legittimità costituzionale ».

Prima di esaminare quale sia, di fronte all'esercizio di questo sindacato, la posizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, sembra indispensabile delimitare la portata, in estensione e in profondità, di quella funzione sindacatrice che la Costituzione attribuisce alla Corte costituzionale: il che vuol dire stabilire quali sono gli atti soggetti a questo sindacato di legittimità costituzionale, e quali sono i vizî che sono compresi sotto la denominazione generica di « illegittimità costituzionale » (art. 136).

6. — Sul primo punto non c'è molto da dire: non c'è altro che da riferirsi all'art. 134 della Costituzione, il quale parla di controversie relative alla legittimità costituzionale « delle *leggi* e degli *atti aventi forza di legge,* dello *Stato* e delle *Regioni* ».

a) Si può dunque dire che, per quanto attiene alla forma degli atti, la Corte costituzionale esercita il suo sindacato su tutte le leggi in senso formale, cioè su tutti gli atti emanati dagli organi del potere legislativo in forma di legge, anche se eventualmente non abbiano contenuto normativo (2); e inoltre su quegli atti emanati dal governo che hanno forma di decreto, ma contenuto sostanzialmente normativo, e ai quali in via eccezionale è riconosciuta dalla Costituzione una forza giuridica equivalente a quella della legge: cioè sui decreti legislativi e sui decreti-legge (Cost. art. 76 e 77). Sono dunque esclusi dal sindacato della Corte costituzionale quegli atti amministrativi che, pur avendo contenuto normativo, non hanno efficacia giuridica equivalente a quella della legge, ma hanno valore solo in quanto siano conformi alla legge: come sarebbero i regolamenti (cfr. n. 4). Questo è uno dei punti in cui l'ordinamento italiano differisce da quello austriaco, nel quale la Corte costituzionale esercitava direttamente il suo sindacato non solo sulle leggi, ma anche sui regolamenti (*Verordnungen*: cfr. Cost. austriaca 1929, art. 139), cumulando così in sè il sindacato di legalità sui regolamenti (*Gesetzwidrigkeit,* art. 139) e il sindacato di costituzionalità sulle leggi (*Verfassungwidrigkeit,* art. 140) (3); nel-

(1) Secondo il KELSEN, *La garantie jurid.* cit., pag. 237, il controllo di costituzionalità comprende anche i casi in cui una legge interna sia contraria a norme di diritto internazionale, in quanto questo sia riconosciuto e richiamato dalla Costituzione (cfr. la nostra Cost., art. 10).

(2) AMORTH, op. cit., pag. 25.

(3) Cfr. KELSEN, in *Jahrbuch des öff. R.*, 1930, pag. 153; ID., *La garantie const.*, cit., nn. 11-12.

l'ordinamento italiano il sindacato di legalità sui regolamenti non appartiene alla Corte costituzionale, ma continua a svolgersi nei modi dell'ordinamento precedente (n. 4).

Tra le leggi soggette a sindacato possono esservi quelle che ratificano trattati internazionali (1), ed anche, in certi casi che più avanti vedremo (n. 12), le stesse leggi costituzionali.

b) Per quanto poi attiene alla *fonte* degli atti soggetti a sindacato, la Costituzione tratta nello stesso modo gli atti dello Stato e quelli delle Regioni: cioè non solo gli atti provenienti dagli organi legislativi o governativi centrali, ma anche quelli emanati dai corrispondenti organi regionali (art. 117 e segg.); anche per le Regioni la Costituzione ammette che possano esservi atti emessi dal governo regionale non in forma di legge, ma « aventi forza di legge » (2). Sono esclusi quindi in ogni caso dal sindacato di costituzionalità (bastando quello di legalità) gli atti normativi emanati dalle Provincie o dai Comuni nell'esercizio del potere regolamentare ad essi riconosciuto dalla legge (3).

c) L'art. 134 della Costituzione nulla dice in quanto al *tempo* in cui debbono essere stati emanati gli atti soggetti a sindacato: se cioè il sindacato riguardi soltanto le leggi e gli atti aventi forza di legge emanati dopo la entrata in vigore della Costituzione, o se si estenda ugualmente anche a quelli emanati prima e rimasti in vigore: la questione sarà trattata più avanti (n. 21).

D'altra parte la pregiudiziale di costituzionalità può essere sollevata in ogni tempo; per la proposizione di essa non è stato stabilito alcun termine di decadenza decorrente dalla pubblicazione della legge: la seconda Sottocommissione dell'Assemblea Costituente aveva proposto che la pregiudiziale di incostituzionalità non potesse più esser sollevata dopo che fosse trascorso un biennio dall'entrata in vigore della legge; ma poi, nel seguito delle discussioni, la limitazione fu tolta, perchè « si toglierebbe l'incertezza sulla sua validità; ma verrebbero anche meno il presidio del controllo e la difesa dei diritti violati » (4).

7. — In quali casi può dirsi che, secondo la Costituzione, una legge ordinaria sia viziata da « illegittimità costituzionale »? quali vizi possono intendersi compresi sotto questa generica espressione?

---

(1) KELSEN, *La garantie const.*, cit., n. 13; in questo senso si è espresso il sen. Bosco, nella discussione al Senato, seduta del 18 febbraio 1949 (*Disc.* p. 5511).

(2) Cfr. la discussione avvenuta in proposito al Senato, nella seduta del 10 marzo 1949 (*Disc.*, pag. 5875).

(3) RANELLETTI, *Istituzioni*, cit., n. 336.

(4) RUINI, *Relaz. al Progetto di costituzione*, pag. 15. Cfr. sulle discussioni che si svolsero su questo punto i resoconti dell'Assemblea Costituente, pagg. 4336-37, e gli altri precedenti citati in FALZONE ed altri, cit., in nota all'art. 137.

Durante i lavori preparatorî della Costituzione si era parlato di sindacato sulla « costituzionalità » delle leggi, e della invalidità delle leggi viziate da « incostituzionalità »: successivamente nel testo definitivo della Costituzione si sono preferite le espressioni di « legittimità » o « illegittimità costituzionale » (1), in quanto si è ritenuto che fossero più idonee a precisare i limiti delle attribuzioni della Corte costituzionale e a fare intendere che in esse non rientra, in contrapposto al sindacato di *legittimità*, un sindacato di *merito*, cioè un sindacato di mera opportunità politica, come quello che gradualmente si sono attribuiti i giudici americani, che giungono a dichiarare viziate da incostituzionalità certe leggi solo perchè le hanno ritenute politicamente inopportune e riprovevoli (2).

Sembra quasi che con questa terminologia si sia voluto adottare per il sindacato di costituzionalità sulle leggi quella stessa contrapposizione tra giudizio di *legittimità* e giudizio di *merito* che vale, com'è noto, per la giustizia amministrativa (3).

La Costituzione, adottando la stessa espressione, avrebbe voluto istituire una specie di parallelo tra l'atto amministrativo e l'atto legislativo: come il sindacato di legittimità sull'atto amministrativo deve arrestarsi di fronte a quegli atti che siano esplicazione di un potere discrezionale lasciato dalla legge all'amministrazione, così il sindacato di « legittimità costituzionale » sulle leggi ordinarie dovrebbe arrestarsi là dove esse regolino materie che la Costituzione ha rimesso alla discrezione politica del futuro legislatore. Ma ho l'impressione che, se questa è stata l'intenzione della Costituente nell'adottar quella formula, la formula adottata non sia stata la più felice e la più adatta a esprimer tale intenzione. Non basterebbe infatti, per dare un contenuto preciso ed univoco a questa formula, limitarsi a dire che la « illegittimità costituzionale » comprende tutti i casi in cui una legge è « contraria » (come si esprime per i regolamenti l'art. 4 delle Disp. sulla

---

(1) Cfr. Ass. Cost., *Disc.* 28 nov. 1947, pag. 2629: così si espresse in proposito l'on. Tosato: « ... Quando si parla di competenza a conoscere della legittimità costituzionale, è chiaro che si ammette un sindacato di legittimità in tutte le forme in cui la illegittimità può manifestarsi. D'altra parte la competenza di legittimità esclude però qualsiasi sindacato di merito... ». Nello stesso senso si espresse anche l'on. Ruini (*Disc.* pag. 2637). Cfr. La Torre, cit., pag. 445.

(2) Cfr. Blondel, *Le control juridictionel de la constitutionnalité des lois*, (Aix, 1927), pag. 67 e segg.; Einaudi M., *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla cost. delle leggi*, (Torino, 1931); Galland, *Le control judiciaire de la const. des lois* (Paris, 1932); Couture, *Las garantias const. del proceso* (Buenos Aires, 1946), specialmente n. 13 e 14.

(3) In questo senso Mortati in nota alla sentenza delle sez. unite 15 marzo 1949, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, col 457, *Sull'eccesso di potere legislativo.*

legge in gen.) alla Costituzione. I modi con cui una legge può essere *contraria alla Costituzione* non si possono ridurre infatti ad una sola figura: non tutte le norme costituzionali hanno la stessa natura, nè tutte operano sul medesimo piano: e l'angolo di incidenza col quale possono scontrarsi colle leggi ordinarie non è sempre lo stesso.

a) Di fronte a una di quelle norme costituzionali che si potrebbero chiamare *organizzative* (quelle norme, quasi tutte contenute nella seconda parte della Costituzione, che istituiscono gli organi primari dello Stato e ne regolano la formazione, le attribuzioni, il funzionamento), la legge ordinaria non potrebbe trovarsi in contrasto se non in quanto pretendesse di dar disposizioni sull'ordinamento costituzionale dello Stato, cioè in una materia che, secondo la Costituzione (art. 138), può esser modificata soltanto collo speciale procedimento legislativo riservato alle leggi costituzionali: e si risolverebbe in un illegittimo sconfinamento tentato dal legislatore in quel campo della organizzazione costituzionale che è riservato al potere costituente.

b) Quando invece si tratti di quelle norme costituzionali che si potrebbero chiamare *procedurali* (in quanto regolano *l'ordo procedendi*, cioè la forma e l'ordine delle attività che gli organi dello Stato debbono seguire per esercitare le loro funzioni: cfr. per es. gli art. 70-82 che regolano il processo di « formazione delle leggi »), la legge ordinaria potrà dirsi *contraria* ad alcuna di esse soltanto in senso formale e derivato, in quanto il procedimento da cui essa è nata sia stato viziato *in itinere* da un irregolare svolgimento delle attività prescritte per la sua nascita (*error in procedendo*).

c) In tutt'altro senso, invece, la legge ordinaria potrà dirsi *contraria* alla Costituzione, quando la norma costituzionale con cui essa è in contrasto appartenga a quel gruppo di norme della Costituzione che si potrebbero chiamare *sostanziali* (come sarebbero molte di quelle dettate nella prima parte per regolare i « Diritti e doveri dei cittadini »), colle quali la Costituzione, pur lasciando alla legislazione ordinaria il compito di regolare certe materie, detta però al legislatore ordinario certi principî ai quali questi dovrà conformar le sue leggi: i quali principî sono posti dunque non come limiti di competenza, ma come premesse di carattere sostanziale alle quali il legislatore ordinario deve conformarsi nel formulare il contenuto delle sue leggi. E' chiaro che qui la legge ordinaria non può essere contraria alla Costituzione se non nel senso in cui possono esser contrastanti due leggi sostanziali che regolino la stessa materia: nel senso di *contraddittorietà tra due comandi*, cioè di un diretto contrasto di volontà normativa tra la disposizione costituzionale e la legge ordinaria che non si è conformata ad essa.

Così, in corrispondenza con questi tre diversi tipi di norme costituzionali, il contrasto tra la legge ordinaria e la Costituzione può manifestarsi in tre diverse figure; ed anche se per tutt'e tre si vorrà adoprare la stessa espressione generica di « illegittimità costituzionale », è chiaro che questa formula esprimerà, nei tre esempi portati, tre situazioni diverse: nel primo caso, uno sconfinamento del legislatore ordinario nel campo della organizzazione costituzionale riservato al legislatore costituente; nel secondo caso, una inosservanza *in procedendo* di una disposizione formale dettata dalla Costituzione per regolare il procedimento formativo della legge ordinaria; nel terzo caso, una disformità o contraddittorietà di contenuto normativo tra la legge ordinaria e la norma sostanziale dettata dalla Costituzione.

8. — Da questa accertata varietà di figure che si possono, come si è visto dalla esemplificazione, far rientrare sotto la generica nozione di « illegittimità costituzionale », si può esser tratti a domandarsi se non sia applicabile a questa nozione quella ripartizione nelle tre figure di « incompetenza », « eccesso di potere » e « violazione di legge », che la legge (t. u. 26 giugno 1924, n. 1054) ha adottato per la illegittimità degli atti amministrativi. In tal senso si espresse già autorevolmente, nei dibattiti dinanzi all'Assemblea Costituente, l'on. Tosato: « ...si ammette un sindacato di legittimità in tutte le forme in cui la « illegittimità può manifestarsi » (1).

Questo è certamente un campo nel quale, d'ora in avanti, avrà molto da lavorare la dottrina costituzionalista; ma fin d'ora, a titolo di primo assaggio, il raccostamento tra la « illegittimità amministrativa » (degli atti amministrativi) e la « illegittimità costituzionale » (delle leggi) può dar luogo a osservazioni fruttuose e interessanti.

A) Per poter parlare in generale di *incompetenza,* bisogna che l'esercizio di uno stesso potere sia ripartito tra più organi: in modo che ciascuno di questi organi sia ammesso ad esercitarlo validamente soltanto entro certi limiti, funzionali, materiali, o territoriali; se l'organo investito di quel potere entro la propria sfera lo esercita fuori dei limiti di questa, sì da invadere la sfera assegnata ad un altro organo, si dice che l'atto è viziato da incompetenza. La nozione è elementare per gli atti giurisdizionali e per gli atti amministrativi: si tratta di vedere se sia possibile estenderla oggi anche agli atti del potere legislativo.

Tale possibilità è data dal fatto che secondo la Costituzione il

---

(1) Ass. Cost. *Disc.*, pag. 2629 già cit.

potere legislativo è ripartito tra diversi organi, aventi ciascuno una propria sfera di potere delimitata per *materia* e per *territorio*: infatti il potere legislativo non appartiene soltanto al Parlamento centrale, ma è attribuito per certe materie (art. 117) agli organi legislativi regionali, in modo che vi è, tra lo Stato e le diverse Regioni, e tra le diverse Regioni, una ripartizione di competenze per materia e per territorio, che permette di qualificare come viziate da *incompetenza* le leggi che un organo legislativo abbia preteso di emanare fuori dai limiti della propria sfera materiale o territoriale. Se una Regione pretende di legiferare su materia non compresa tra quelle elencate nell'art. 117 della Costituzione e quindi su materia riservata alla competenza legislativa del Parlamento nazionale, la legge regionale è viziata da incompetenza per *materia* (e viceversa può essere affetta dallo stesso vizio una legge votata dal Parlamento nazionale che su materia riservata dall'art. 117 alle Regioni non si limiti a stabilire i « principî fondamentali »). La incompetenza legislativa può invece aversi per ragioni di *territorio* quando una Regione, pur mantenendosi nei limiti delle materie previste dall'art. 117, detti norme legislative che pretendano di valere anche nel territorio di un'altra Regione.

Proprio come questione di « competenza » legislativa è considerata dall'art. 127 della Costituzione quella « questione di legittimità costituzionale », che lo Stato può promuovere dinanzi alla Corte costituzionale « quando ritenga che una legge approvata dal Consiglio regionale ecceda la competenza della Regione »; ugualmente parla di « competenza » l'art. 2 della l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1, quando prevede che « l'azione di legittimità costituzionale » possa esser promossa da una Regione per sostenere che una legge dello Stato « invada la sfera di competenza ad essa assegnata dalla Costituzione », e quando ammette che una legge regionale possa essere « impugnata per illegittimità costituzionale... anche da un'altra Regione, che ritenga lesa da tale legge la propria competenza ».

Si ha così la conferma *per tabulas* che secondo la terminologia adottata dalla Costituzione, il vizio specifico di incompetenza legislativa, per materia o per territorio, è uno dei casi specifici che rientrano nel più vasto vizio di « illegittimità costituzionale ».

Sotto il vizio di incompetenza si potrebbe far rientrare anche il caso, già precedentemente citato come esempio (n. 7, lett. *a*), dello sconfinamento commesso dal legislatore che abbia preteso di modificare con legge ordinaria l'ordinamento costituzionale e sia entrato così a legiferare nel campo riservato al legislatore costituente: sarebbe questo un caso di incompetenza per materia (essendo la « materia costituzionale » sottratta al legislatore ordinario), se non addirittura, come ora si dirà, un caso di eccesso di potere.

9. — *B*) Più difficile è isolare fuori dal generico concetto di « illegittimità costituzionale » una nozione ben determinata di « eccesso di potere », che sia in un certo senso parallela a quella figura così elastica e multiforme che è stata elaborata nel campo amministrativo (1).

Di eccesso di potere anche per gli organi legislativi si può parlare nel senso più ristretto, cioè nel senso di esercizio da parte degli organi legislativi di un potere che secondo la Costituzione è riservato ad organi investiti di un potere diverso, ossia agli organi amministrativi o giurisdizionali: come sarebbe, ad esempio, se il Parlamento pretendesse con una legge ordinaria usurpare attribuzioni riservate dalla Costituzione al Presidente della Repubblica, o se pretendesse di pronunciare in forma di legge una sentenza (ma qui, piuttosto che nella ipotesi di « illegittimità costituzionale », si ricadrebbe forse nell'ipotesi di un conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato, che è previsto dal secondo alinea dell'art. 134).

Da eccesso di potere (usurpazione di potere legislativo commessa da organi governativi) potrebbero altresì considerarsi viziati i decreti legislativi fondati su una delegazione non accompagnata dalle limitazioni prescritte dall'art. 76 della Costituzione, ovvero emanati senza tener conto dei « principî e criterî direttivi » dettati nella delegazione; e i decreti-legge, quando non siano state rispettate le condizioni poste dall'art. 77. Ed altresì, se si concepisce il potere costituente come un potere diverso e distinto dal potere legislativo ordinario, si dovrebbe considerare come un caso di eccesso di potere, e non di incompetenza per materia, quello, già considerato, della legge emanata dal legislatore ordinario su materie attinenti alla organizzazione costituzionale (cfr. n. 8).

Ma se alla nozione di « illegittimità costituzionale » delle leggi si dà una estensione parallela e corrispondente a quella di « illegittimità amministrativa », elaborata con tanta finezza nel campo della giustizia amministrativa, il concetto di « eccesso di potere » trasportato nel campo costituzionale, potrà avere, com'è avvenuto per gli atti amministrativi, una portata assai più vasta di quella finora accennata: e già la dottrina più autorevole parla in questo senso più vasto di « eccesso di potere legislativo », sostenendo che il sindacato su questo vizio, inteso come « vizio della causa, o di deviazione sulla funzione tipica dell'atto », debba necessariamente estendersi a rilevare le divergenze fra lo scopo al quale l'atto legislativo avrebbe dovuto ispirarsi secondo la Costituzione, e i motivi che effettivamente hanno

---

(1) Cfr. lo scritto già citato del MORTATI, *Sull'eccesso di potere legislativo;* e PETRUCCI, scritto cit., pag. 448 e segg.

spinto gli organi legislativi ad emanarlo. « La motivazione della legge « — scrive il MORTATI (1) — quando questa sia sottoposta all'obbligo « della osservanza di limiti direttivi di natura costituzionale, risponde « ad esigenze analoghe a quelle che si fanno valere per spiegare l'ob- « bligo di motivazione degli atti amministrativi. Ed il sindacato, che « operi nel senso di rilevare la contraddittorietà fra il motivo addotto « ed il contenuto obiettivo dell'atto, o la non corrispondenza del mo- « tivo stesso al fine per cui la facoltà esercitata con la legge è con- « cessa, è un sindacato che indubbiamente rientra nella legittimità, e « quindi deve essere consentito al giudice della costituzionalità ma- « teriale ».

E' facile accorgersi che questo è un ragionamento che porta assai lontano; se infatti non si potrà arrivare fino al punto di sindacare sotto il profilo dello « sviamento di potere » quali siano stati i motivi psicologici interni che abbiano indotto i componenti degli organi legislativi a deliberare una legge (e a controllare se sono stati plausibili motivi di interesse pubblico, o non piuttosto motivi inconfessabili di interesse personale, e di speculazione privata, come per certe leggi *ad hominem* emanate durante il fascismo, accanto alle quali sarebbe stato facile scrivere il nome e cognome del beneficiario), si potrà in ogni caso sindacare sotto questo profilo se il legislatore nel legiferare si sia ispirato a quelle norme direttive di carattere politico più che giuridico, che la Costituzione ha dettato perchè servano come motivi ispiratori della legislazione ordinaria. Ma è facile intendere che per questa strada sarà facile, se non addirittura inevitabile, sdrucciolare, dal sindacato sui motivi, al sindacato di merito. Tutti coloro che hanno un po' di pratica del funzionamento della giustizia amministrativa sanno benissimo che attraverso l'etichetta dell'eccesso di potere (specialmente quando assume le figure di « sviamento » o di « manifesta iniquità ») si riesce spesso ad ottenere sull'atto amministrativo un vero e proprio riesame di merito: e quando si darà logicamente la stessa estensione all'eccesso di potere legislativo, la Corte costituzionale sarà necessariamente tratta a riesaminare sotto certi profili il merito delle leggi, cioè la loro sostanza *politica*.

10. — *C*) L'« eccesso di potere legislativo » ha molti punti di contatto con quella terza figura di illegittimità costituzionale che (sempre per seguire il parallelismo colla illegittimità amministrativa) si potrebbe denominare « violazione di legge costituzionale ». E qui si dovrebbe subito fare una distinzione, secondo che la disposizione costituzionale

(1) MORTATI, scritto cit., col. 461.

che si afferma violata abbia, in base alle distinzioni già fatte, carattere *procedurale* (n. 7 *b*) o carattere sostanziale (n. 7 *c*); colla conseguenza che la sua violazione potrebbe essere diversamente configurata nei due casi, cioè come un difetto di *attività* nel primo caso e come un difetto di *volontà* nel secondo.

a) Sulle violazioni di leggi costituzionali *formali* o *procedurali* già si è detto abbastanza. Anche la legge, come la sentenza, non nasce istantaneamente, ma si forma per tappe successive attraverso il compimento di progressive e coordinate attività, che per essere regolari devono svolgersi nella forma e nell'ordine stabilito dalla Costituzione. Anche nell'attività legislativa vi è un *ordo procedendi*, una « procedura legislativa », che deve essere osservata per arrivare alla formazione della legge; e i principî essenziali di questo *ordo procedendi* sono stabiliti dalla Costituzione (art. 70-82), la quale sotto questo aspetto è una legge di *procedura*, la cui violazione in *procedendo* si può ripercuotere sulla validità dell'atto conclusivo del procedimento legislativo che è la legge, allo stesso modo che la violazione di certe norme del procedimento amministrativo o giudiziario può ripercuotersi sulla validità dell'atto amministrativo o della sentenza.

b) Ben diversa figura assume la violazione di legge costituzionale *sostanziale*: di una disposizione, cioè, alla quale il legislatore ordinario deve conformare la sua volontà nel momento in cui egli pone la sua norma, cioè ne formula il contenuto (1). Questo è un vizio *intrinseco*, che tocca la sostanza della legge ordinaria, cioè quella volontà normativa che il legislatore vi esprime. Nel formulare questa volontà normativa il legislatore non ha tenuto conto della esistenza di una norma costituzionale che gli vietava di dare alla legge un certo contenuto o gli imponeva di dargliene un altro; ha disconosciuto la norma costituzionale, che doveva servirgli da orientamento per indirizzarlo nella formulazione della legge ordinaria.

Il modo con cui si può osservare la legge (e quindi il modo con cui si può violarla) è diverso secondo che tale osservanza debba essere prestata dal singolo cittadino, dal giudice, o (trattandosi di legge costituzionale) dal legislatore ordinario. Per il cittadino la legge è una *regola di condotta*, che egli non può in altro modo osservare, se non

---

(1) Il KELSEN, *La garantie jurid.* cit., pag. 206, osserva che la distinzione tra incostituzionalità formale e incostituzionalità sostanziale potrebbe anche sparire, in quanto nella incostituzionalità sostanziale può vedersi in ultima analisi un difetto di forma, perchè « una legge il cui contenuto è in contraddizione colle prescrizioni della Costituzione cesserebbe di essere incostituzionale se fosse votata come legge costituzionale ».

coll'eseguirla, cioè coll'agire in concreto così com'essa gli comanda: quando la situazione di fatto in cui egli si trova corrisponde alla ipotesi prevista dalla norma, egli deve conformare la sua condotta al precetto concreto che da essa scaturisce al suo indirizzo.

Per il giudice invece, che è chiamato non ad *eseguire* la legge, ma ad *applicarla,* la legge non vale come comando a lui indirizzato *in agendo,* ma come premessa già formulata e per lui vincolante di un sillogismo attraverso il quale egli deve *in iudicando* tradurre in un comando specifico e concreto, che è la sentenza, quel comando generale ed astratto che è già nella legge.

In una situazione in un certo senso analoga si trova il legislatore ordinario di fronte alla legge costituzionale sostanziale: come il giudice, per arrivare a formulare quel concreto e specifico comando che è la sentenza, deve necessariamente prender le mosse dalla legge astratta di cui la sentenza è una specificazione, così il legislatore, quando trova nella Costituzione la enunciazione dei criteri generali ai quali la legislazione ordinaria deve ispirarsi, è tenuto a uniformare ad essi la sua volontà normativa, in modo che la legge ordinaria venga ad essere come una prosecuzione ed una specificazione della volontà generica contenuta nella disposizione costituzionale, e come una conseguenza logica di quella necessaria premessa. Come la legge è per il giudice che deve applicarla una premessa vincolante della sua volontà giurisdizionale, la norma costituzionale è per il legislatore che deve ispirarsi ad essa una premessa vincolante della sua volontà normativa.

11. — Dalle osservazioni fatte qui, appare come si ingannerebbe chi eventualmente credesse che coll'adottare per il sindacato sulla costituzionalità delle leggi la formula di « legittimità costituzionale », si sia con ciò escluso ogni riesame sul merito, cioè sul contenuto delle leggi sottoposte a quel sindacato.

Finchè si tratta di mantener l'osservanza di disposizioni costituzionali che abbiano carattere organizzativo o procedurale, un'indagine sul contenuto della legge ordinaria può esser necessaria; ma quando si tratta di sindacare se siano state rispettate le disposizioni costituzionali aventi carattere sostanziale, cioè quelle disposizioni della Costituzione che dettano principî attinenti ai rapporti individuali, ai quali si deve ispirare la legislazione ordinaria nel regolare i diritti e i doveri dei cittadini, allora è evidente che il sindacato costituzionale deve essere molto più penetrante ed intrinseco, in quanto non può esplicarsi se non nel mettere a confronto, per vedere se vi sia contraddizione, il contenuto della legge ordinaria con quello della legge costituzionale che si afferma violata.

Ora è proprio qui che nasceranno le difficoltà: perchè non tutte le norme costituzionali che sono comprese nella prima parte della Costituzione dedicata ai « Diritti e doveri dei cittadini » hanno lo stesso grado di determinatezza e quindi di coattività giuridica. Carattere certamente giuridico hanno i cosiddetti « diritti di libertà » che la Costituzione accuratamente elenca nel tit. I (*rapporti civili*) e nel titolo IV (*rapporti politici*) della parte prima: coll'inserir la proclamazione di questi diritti nella Costituzione si è voluto porli al riparo non dalle offese individuali (contro le quali è sufficiente garanzia la giustizia ordinaria), ma dagli attentati del legislatore, al quale è inibito di emanare leggi che li menomino o li disconoscano. Cosicchè, se il legislatore ordinario, pur mantenendosi in quel campo dei rapporti individuali che è riservato al suo potere normativo, contravviene al dovere negativo che egli ha di non legiferare a detrimento dei diritti di libertà garantiti dalla Costituzione, la legge ordinaria emanata in violazione di uno di questi diritti si trova certamente in contrasto colla norma costituzionale che dà a questo diritto piena ed attuale tutela.

Ma il contrasto tra legge ordinaria e legge costituzionale non è altrettanto chiaro, nè altrettanto agevole sarà il sindacarlo, difronte a quelle disposizioni della Costituzione (specialmente numerose nei titoli II e III della parte prima, dedicati ai *rapporti etico sociali* ed ai *rapporti economici*) che esprimono il proposito di assicurare ad ogni cittadino un certo grado di benessere economico ed un certo livello di dignità sociale. Queste disposizioni, che hanno per ora soltanto un valore esortativo ed augurale, non potrebbero avere un valore pratico ed attuale se non in quanto, alla aspirazione individuale verso questi beni promessi, corrispondesse fin d'ora, da parte dello Stato, un obbligo positivo e concreto di procurarli a chi li richieda: solo allora questi cosiddetti « diritti sociali » potrebbero avere un valore giuridico. In realtà, quantunque nella Costituzione anche per enunciare questi propositi e queste speranze si sia adoperata una forma apparentemente precettiva, la quale potrebbe far credere che questi « diritti sociali » stiano sullo stesso piano dei diritti civili e politici, queste norme costituzionali non hanno una efficacia giuridica precisa ed attuale, in quanto si limitano in sostanza ad esprimere la fiducia che nell'incerto futuro, se e quando sarà possibile, lo Stato sia in grado di emanare le leggi ordinarie che tradurranno in realtà queste promesse.

Già la dottrina distingue, nelle disposizioni sostanziali della Costituzione, gruppi di norme di diverso valore giuridico: alle norme *precettive* si contrappongono quelle *direttive* (o programmatiche o tendenziali), che si limitano a dare istruzioni ed a tracciare programmi politici per il legislatore futuro; e anche tra quelle del primo gruppo che hanno valore propriamente giuridico, si distinguono quelle di *ap-*

plicazione diretta ed immediata, da quelle di *applicazione diretta ma non immediata,* per dare attuazione alle quali la Costituzione stabilisce l'obbligo del legislatore ordinario di provvedere immediatamente o dentro un certo termine all'emanazione di un'apposita legge (1). Ora, non solo di fronte alle norme puramente *direttive,* ma altresì di fronte a quelle *precettive che non siano di applicazione immediata,* non sembra che contro la inerzia del legislatore ordinario il sindacato di legittimità costituzionale possa essere un rimedio adeguato. Se il legislatore, nonostante i propositi espressi dalla Costituzione, si asterrà dal deliberare le riforme promesse e lascerà che i cosiddetti « diritti sociali » dei cittadini continuino a rimanere una inascoltata invocazione, nessun sindacato di legittimità costituzionale riuscirà a vincere questa inerzia legislativa, dato che la possibilità di attuare le riforme dipenderà da valutazioni di ordine esclusivamente politico, che necessariamente sfuggiranno ad un sindacato, creato per garantire la legittimità delle leggi che ci sono, non di quelle che dovrebbero esserci. Ed anche per quelle norme della Costituzione che espressamente fanno obbligo al legislatore ordinario di emanare subito o entro un certo termine una legge di attuazione (cfr. p. es. l'art. 122 della Cost., in relazione all'art. VIII delle Disp. trans.), non si riesce a vedere come la trasgressione di quest'obbligo potrebbe trovare un rimedio ed una sanzione nel sindacato di legittimità costituzionale.

Potrà darsi tuttavia che su quei rapporti economici e sociali, ai quali si riferiscono le promesse di riforme contenute nella Costituzione, il legislatore ordinario si decida, prima o poi, a legiferare; ma che le riforme da esso dettate non siano in armonia colle direttive date dalla Costituzione, anzi siano in contrasto con esse (supponiamo per es., che una legge ordinaria approvi una riforma agraria colla quale, in contrasto colle direttive contenute nell'art. 44 della Costituzione, il latifondo sia conservato e sia distrutta invece la piccola e media proprietà). In questo caso non par dubbio che la legge ordinaria, che si trovi in contraddizione colle direttive *de lege ferenda* contenute nella Costituzione, possa cadere sotto il sindacato di legittimità costituzionale; il quale qui non soltanto dovrà essere un sindacato *intrinseco* sul contenuto della legge che si asserisce in contrasto con una norma programmatica della Costituzione, ma dovrà necessariamente tener conto di considerazioni *più politiche che giuridiche,* in quanto, per accertare se le direttive programmatiche dettate dalla Costituzione siano state disconosciute o travisate dal legislatore ordinario,

---

(1) Cfr. Azzariti, *La nuova Costituzione e le leggi anteriori,* in *Foro it.,* 1948, IV, pag. 82 e segg.

dovrà valutare i motivi attuali di opportunità politica che possono averlo indotto a interpretare in un modo piuttosto che in un altro quelle istruzioni vaghe ed elastiche, che col passare degli anni, per assumere un significato concreto, hanno bisogno di esser adeguate alle mutevoli esigenze della evoluzione storica.

Ma anche qui è facile accorgersi che il sindacato della Corte costituzionale, sotto l'apparenza della legittimità sarà in realtà, anche senza volerlo, un sindacato di natura politica. L'attività del legislatore ordinario potrà infatti considerarsi, difronte alle norme programmatiche contenute nella Costituzione, come attività vincolata o come attività discrezionale; se si considererà come attività vincolata, la legge ordinaria che sia in contrasto colla norma costituzionale apparirà inquinata da un vizio classificabile sotto la figura della « violazione di legge costituzionale »; ma anche se si considererà come attività discrezionale, la inosservanza delle direttive politiche contenute nella Costituzione sarà sindacabile ugualmente, come si è visto, sotto il profilo dell'eccesso di potere, cioè sotto il profilo della divergenza della legge dai motivi politici prestabiliti dalla Costituzione.

In qualunque modo si voglia costruire questo caso di illegittimità, o come violazione di legge o come eccesso di potere (vedremo al n. 19, che la scelta tra queste due qualificazioni può non esser priva di conseguenze pratiche), si arriva fatalmente a dare al sindacato di legittimità il carattere di una valutazione politica del merito della legge (1).

12. — Per completare il quadro dei vizi sui quali può cadere il sindacato di legittimità costituzionale, occorre aggiungere un'ultima avvertenza.

Oggetto di questo sindacato sono, di regola, le leggi ordinarie (n. 6); ma in certi casi oggetto di questo sindacato potranno essere anche le leggi costituzionali, in quanto, essendovi antinomia tra un articolo della Costituzione ed una successiva legge costituzionale (che, in quanto tale, dovrebbe valere come modificazione della Costituzione) ovvero tra una legge ordinaria ed una legge costituzionale anteriore (che, in quanto tale, dovrebbe aver la prevalenza anche se quella ordinaria è posteriore), si dovrà ricercare se per la emanazione della legge costituzionale siano state adottate quelle speciali solennità a cui l'articolo 138 condiziona la maggiore « resistenza » di queste leggi: che

---

(1) Dei riflessi politici che inevitabilmente assumerà dinanzi alla Corte costituzionale il controllo di legittimità costituzionale già hanno mostrato di avere consapevolezza molti oratori intervenuti nella discussione al Senato: cfr. i discorsi degli on. TERRACINI, (pag. 4962) e LUCIFERO, (pag. 5468). Cfr. KELSEN, *La garantie jurid.*, cit., pag. 241.

se al contrario risultasse che quelle speciali forme non sono state fedelmente osservate, allora la legge qualificata costituzionale avrà in realtà soltanto il valore di una legge ordinaria, e pertanto non potrà modificare la Costituzione, e sarà derogata dalla legge ordinaria posteriore.

Potrebbe poi configurarsi anche un caso singolarissimo (ma forse è una *elegantia iuris* che ha valore soltanto scolastico) in cui potesse esser dichiarata la illegittimità anche di una legge costituzionale regolarmente approvata colle solennità prescritte dall'art. 138: questo potrebbe accadere quando una legge costituzionale pretendesse di modificare la Costituzione sul punto della forma repubblicana, che, per l'art. 139, non può essere oggetto di revisione costituzionale.

L'art. 139 rappresenta dunque una norma *non solo superlegale*, come tutte le norme costituzionali, ma addirittura *supercostituzionale*: come le norme costituzionali sono una superlegge (più « resistente » delle leggi ordinarie) nei confronti delle leggi ordinarie, così l'art. 139 è una superlegge nei confronti delle stesse leggi costituzionali, in quanto, nell'antinomia con alcune di esse, è destinata in ogni caso ad avere la prevalenza. Nella gerarchia delle fonti giuridiche, l'art. 139 costituisce così l'estremo vertice della piramide (esso corrisponde, nella « scala delle durezze » giuridiche, al diamante) (1).

(1) Cfr. su questo argomento MORTATI, *Sul controllo di costituzionalità delle leggi costituzionali*, in « *Foro padano* », gennaio 1949.

CAPITOLO III.

IL PROCEDIMENTO PER LA DICHIARAZIONE DI ILLEGITTIMITA' COSTITUZIONALE

13. Sindacato incidentale e sindacato principale: sistema intermedio adottato dall'ordinamento italiano. — 14. La « pregiudiziale costituzionale » nel processo civile: facoltà del giudice di respingerla come « manifestamente infondata ». — 15. Possibili inconvenienti di questo sistema. — 16. Irrilevanza della questione pregiudiziale e interesse di chi la rileva. — 17. Il procedimento dinanzi alla Corte: legittimazione. — 18. Se il sindacato di legittimità abbia carattere giurisdizionale. — 19. Raffronto con istituti affini. — 20. Carattere dichiarativo o costitutivo della decisione della Corte: nullità o annullamento? — 21. Fondamento razionale del sindacato di legittimità in senso materiale: conflitto di leggi o conflitto di poteri?

13. — Torniamo, dopo questo lungo ma necessario *excursus*, alle distinzioni tra i vari sistemi di sindacato costituzionale da cui siamo partiti (n. 2). Per quanto attiene alla natura dei vizi che si comprendono sotto la formula generica di « illegittimità costituzionale », le indagini fatte finora ci dimostrano che il sindacato di legittimità costituzionale introdotto nel nostro ordinamento può avere, secondo la diversa natura delle norme costituzionali colle quali la norma ordinaria è in contrasto, carattere *formale* o carattere *materiale* (1).

Si tratta ora di vedere come il nostro ordinamento ne ha regolato *l'esercizio*. Nella legislazione comparata si potevano trovare finora esempi positivi di due opposti sistemi: il sindacato di costituzionalità affidato all'autorità *giudiziaria*, in via *incidentale* e con efficacia limitata al caso *speciale* (sistema nordamericano, e delle costituzioni sudamericane modellate su di esso); ovvero il sindacato *autonomo*, affidato a un organo appositamente costituito, al quale si può ricorrere direttamente in via *principale*, per ottenere contro la legge denunciata, una dichiarazione di illegittimità avente efficacia *generale* (sistema adottato prima dell'ultima guerra nelle costituzioni allora vigenti in Cecoslovac-

(1) Cfr. però nota 1 a pag. 364.

chia, Austria, Spagna) (1). In questi sistemi il sindacato giudiziario, incidentale e speciale, e il sindacato autonomo, principale e generale, si escludono a vicenda. Dove il sindacato è attribuito ai giudici ordinari, che lo esercitano quando la questione di costituzionalità si presenta in via pregiudiziale in una controversia di specie, non esiste un organo apposito che possa annullare *erga omnes* la legge incostituzionale: la quale potrà esser modificata soltanto quando gli organi legislativi, messi sull'avviso dalle ripetute pronuncie dei giudici, riterranno opportuno abrogarla. Dove, viceversa, esiste questo organo apposito, i giudici non hanno alcuna ingerenza, neanche in via incidentale e speciale, sulla questione di incostituzionalità: finchè quest'organo, direttamente adito in via principale da chi è legittimato a farlo, non abbia dichiarato in via generale la illegittimità, i giudici sono obbligati ad applicare senza discussione anche le leggi incostituzionali, che vigono come valide (2).

Di questi due sistemi sembrerebbe che la nostra Costituzione avesse scelto nettamente il secondo: le « controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi... » appartengono alla competenza esclusiva della Corte costituzionale (Cost., art. 134); e quando la Corte riconosce la illegittimità costituzionale di una legge, questa « cessa di avere efficacia... » (art. 136). Si tratta dunque di sindacato *accentrato* ed *autonomo* (art. 134) e con effetto *generale* (art. 136).

Tuttavia la legge cost. 9 febbraio 1948 n. 1, approvata in conformità del primo comma dell'art. 137 della Cost., ha introdotto nel sistema adottato dalla Costituzione alcune modificazioni, che in sostanza vengono a fare di esso, come si vedrà, un *quid* intermedio tra i due sistemi tipici di cui finora si è parlato: mentre di solito nelle costituzioni che hanno istituito per il sindacato di legittimità un apposito consesso le cui decisioni valgono *erga omnes*, questo organo può essere direttamente adito a questo scopo in via principale, nel nostro sistema il sindacato, che per la sua decisione ha carattere *principale*, ha però carattere *incidentale* per la sua introduzione. Infatti, pur essendo la Corte costituzionale investita del potere di dichiarare la illegittimità di una legge in via *principale*, in quanto unico oggetto della sua

---

(1) Cfr. PERSICO, relaz. cit., n. 2; ESPOSITO, op. cit., pag. 306 e segg. Per la Spagna, cfr. cost. 9 dic. 1931, art. 100 e 121 (ma il Trib. delle garanzie costituzionali in Spagna non entrò mai in vigore, come nelle discussioni al Senato ripetutamente fece rilevare l'on. Nitti); per la Cecoslovacchia, cost. 29 febbraio 1920, legge preliminare, art. 1-3, e legge speciale 9 maggio 1920, n. 162, e su di essi ESPOSITO, op. cit., pag. 307; per l'Austria, cost. 1° ottobre 1920, riveduta il 7 dic. 1929, art. 89, 137 e segg., e su di essi, oltrechè i già citati scritti del KELSEN, cfr. EISENMANN, *La Justice const. et la Cour const. d'Autriche*, (Paris, 1928).

(2) Cost. austriaca, art. 89, I; cfr. ESPOSITO, pag. 306.

pronuncia è la legittimità della legge come tale (in vista della sua efficacia normativa generale ed astratta e non in vista della sua applicabilità ad una singola concreta fattispecie), tuttavia è stabilito che di questa cognizione in via principale sulla legittimità costituzionale di una legge la Corte non può essere investita se non in quanto la questione si sia affacciata in via incidentale in un giudizio vertente su una singola controversia concreta (civile, penale o amministrativa). Questa è un'aggiunta che è stata fatta alla Costituzione dalla legge cost. n. 1 del 9 febbraio 1948, la quale ha disposto (art. 1) che solamente quando la questione di legittimità sia « rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio... », può in tal caso essere « rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione »; altrimenti, se prima la questione non è affiorata e non si è rivelata in occasione di una singola controversia concreta, non può direttamente esser portata alla cognizione della Corte costituzionale. Diversamente avviene (per l'art. 2 della stessa l. cost. 9 febbraio 1948 n. 1), quando la questione di legittimità, sotto lo speciale profilo di questione di competenza legislativa (cfr. n. 8), sia proposta da una Regione, la quale « ritenga che una legge od atto avente forza di legge della Repubblica invada la sfera della competenza ad essa assegnata dalla Costituzione » o quando viceversa una legge regionale sia impugnata per incompetenza legislativa dal governo della Repubblica (art. 127 della Cost.) o da un'altra Regione « che ritenga lesa da tale legge la propria competenza »: in tali casi gli organi che rappresentano il governo centrale o il governo regionale sono legittimati a investire *direttamente* la Corte costituzionale della questione di legittimità (cioè di competenza), senza che ci sia bisogno di una prima sosta obbligatoria dinanzi all'autorità giudiziaria.

All'infuori di questo caso, di incompetenza legislativa, la Corte costituzionale non può conoscere della legittimità costituzionale di una legge, se non in quanto di tale questione sia stata investita dal giudice che era stato chiamato ad applicar quella legge in una singola controversia concreta proposta dinanzi a lui.

Il giudice funziona dunque come da portiere, o, se sembra irriverente questa parola, diciamo da *introduttore necessario* del giudizio di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale: e questa sua funzione assume una grande rilevanza pratica in quanto, quando la questione di legittimità costituzionale è sollevata dinanzi a lui da una delle parti, egli non è tenuto a prenderne semplicemente atto ed a rimetterla senz'altro all'esame della Corte costituzionale, ma può rifiutarsi di prenderla in considerazione e di trasmetterla alla Corte, se la giudica « manifestamente infondata » (l. cost. cit., art. 1).

In questo modo non soltanto l'esercizio del sindacato autonomo

e principale da parte della Corte è condizionato alla preventiva proposizione della questione in sede giudiziaria e in via incidentale; ma in realtà al giudice è attribuita una funzione molto più importante di quella di un semplice organo di trasmissione, perchè egli ha anche il potere discrezionale di *giudicare* sulla questione di legittimità sollevata dinanzi a lui e di fermarla sul nascere, senza trasmetterla alla Corte costituzionale, dichiarandola « manifestamente infondata ». Così il giudice potrà, se vorrà, impedire alla Corte costituzionale di conoscere se certe leggi siano o non siano costituzionalmente legittime; potrà, se vorrà, sottrarre certe leggi al sindacato costituzionale dell'organo che solo sarebbe competente a esercitarlo. Dato che al sindacato costituzionale della Corte le leggi potranno arrivare solo quando vi sia il lasciapassare del giudice, il giudice potrà così, a suo arbitrio, chiudere o aprire l'accesso all'organo competente, e in realtà esercitare in sua vece, purchè in senso positivo (cioè per affermare nel caso particolare la legittimità costituzionale della legge) quel sindacato che per negarla in via generale potrà essere esercitato soltanto dalla Corte.

Questo, come si vede, è un sistema *misto*, intermedio tra quei due estremi da cui siamo partiti. La questione di legittimità costituzionale non è rilevante se non in quanto sorga *incidenter* in un giudizio su una singola controversia; in tal ipotesi il giudice ha il potere di risolverla senz'altro purchè in senso affermativo (cioè nel senso di affermare che la legge è costituzionalmente legittima), ma in tal caso la sua decisione vale *incidenter tantum* nei limiti del caso deciso; viceversa, se il giudice non si sente di risolverla in senso affermativo, deve rimettere la questione alla Corte costituzionale, la quale sola ha il potere di risolverla in senso negativo (nel senso di dichiarare la illegittimità), e in tal caso in via principale e con efficacia *erga omnes*.

14. — Si presenta così dinanzi al giudice civile (al processo civile sono appunto ristrette queste nostre indagini) un caso di *pregiudizialità*: la *pregiudiziale costituzionale* nel processo civile, che d'ora innanzi i processualisti dovranno considerare accanto alle figure già note della pregiudiziale *amministrativa* e della pregiudiziale *penale* (articolo 295 C. p. c.: cfr. per la pregiudiziale civile o amministrativa nel processo penale, art. 19 e 20 C. p. p.; per la pregiudiziale civile nel processo amministrativo, art. 30 t. u. 26 giugno 1924 sul Cons. di Stato, ecc.).

Per poter applicare la legge nella causa pendente dinanzi a lui, il giudice deve sapere prima di tutto se questa legge è costituzionalmente legittima; la questione di legittimità costituzionale dev'essere dunque risolta con precedenza, come tappa necessaria nell'*iter* logico che il giudice deve percorrere per arrivare alla conclusione. Ma il

giudice civile è incompetente per materia (meglio che per materia, per funzione; ma forse siamo anche fuori del campo della semplice incompetenza, perchè la Corte costituzionale esercita in realtà, come si vedrà al n. 16, un potere che non rientra nella giurisdizione) a decidere questa pregiudiziale: e viceversa l'organo competente a decidere la questione di legittimità costituzionale (Corte costituzionale) è incompetente per materia a decidere in concreto la singola controversia civile, nel corso della quale la pregiudiziale di costituzionalità è stata sollevata; esclusa quindi ogni possibilità di *simultaneus processus* dinanzi allo stesso giudice (art. 34 C. p. c.), non rimane che applicare l'articolo 295 C. p. c., secondo il quale, quando la decisione della causa dipende dalla definizione di una questione pregiudiziale appartenente alla competenza per materia di un altro giudice, il processo originario si sospende in attesa che la pregiudiziale sia decisa dal giudice competente.

Siamo dunque di fronte a un caso di *sospensione necessaria* del processo civile, la quale si può presentare in qualsiasi grado e stato del processo (fino in Cassazione, fino in sede di rinvio), perchè è una di quelle questioni che il giudice può sollevare anche d'ufficio. Ma questa necessità della sospensione è alquanto attenuata dalla facoltà discrezionale che ha il giudice di dichiarare « manifestamente infondata » la eccezione di illegittimità costituzionale sollevata dalle parti, e quindi di respingerla *incidenter tantum* senza rimetterne la decisione in via pregiudiziale all'organo competente.

Questa facoltà data al giudice di respingere la eccezione di illegittimità costituzionale con un giudizio *prima facie* di manifesta infondatezza, basato non su un esame approfondito, ma su una indagine sommaria e superficiale (di « giudizio di delibazione » è stato parlato nella relazione Persico al Senato) (1), appartiene a quella categoria di espedienti processuali, dei quali nella storia del processo si potrebbero trovare le più svariate applicazioni, che sottopongono *in limine* le domande o le eccezioni delle parti a una specie di filtraggio o di prima scelta, per eliminare quelle manifestamente infondate e immeritevoli d'esser prese sul serio, prima che giungano all'esame approfondito dell'organo competente, al quale sono riservate così soltanto quelle che si presentano con una certa parvenza di attendibilità e con una certa probabilità di accoglimento. Se oggi non esiste più in tutti i processi un apposito stadio sul tipo della *contentio de ordinando iudicio*, in cui sia possibile anche delibare la fondatezza della domanda prima di entrare nella cognizione approfondita di essa, esistono però anche oggi nelle legislazioni positive casi sporadici nei quali la ammissibilità di

(1) Relazione cit., n. 21.

certe azioni o di certi rimedi è fatta dipendere da un preventivo esame superficiale della loro apparente fondatezza (al quale talvolta è destinata una apposita fase processuale): per il Codice civile del 1865 nell'azione di rescissione per lesione la prova della lesione non era ammissibile se non quando il giudice avesse preliminarmente ritenuto che i fatti denunciati fossero « bastantemente verisimili e gravi per far presumere la lesione » (art. 1532); nel Codice civile attuale l'azione per dichiarazione giudiziale di paternità è ammissibile « solo quando concorrono indizi tali da farla apparire giustificata », e per decidere sull'ammissibilità c'è una speciale fase preliminare in camera di consiglio (art. 274); e la giurisprudenza della Corte di cassazione ha introdotto qualcosa di simile per il principio del *solve et repete*, quando ha ammesso che la eccezione di improcedibilità contro l'azione del contribuente basata su questo principio possa essere disattesa, quando il giudice ne rilevi *prima facie* la manifesta infondatezza (1). Esempi anche più tipici si potrebbero trovare nelle legislazioni straniere: basti pensare alla *chambre des requêtes* della Cassazione francese, che ha la funzione di vagliare i ricorsi prima che siano portati alla discussione pubblica e di fermare *in limine* non soltanto quelli processualmente inammissibili (cfr. art. 375 del nostro C. p. c.), ma altresì quelli manifestamente infondati (2).

Di fronte alle questioni di illegittimità costituzionale il giudice ordinario viene ad essere, per così dire, la *chambre des requêtes* della Corte costituzionale: alla Corte costituzionale non arriveranno indiscriminatamente tutte le questioni che la fantasia litigiosa delle parti riuscirà a escogitare, ma soltanto quelle che il vaglio del giudice avrà riconosciute meritevoli di esser prese in esame dalla Corte.

15. — Questo sistema del quale la Costituzione e la legge cost. n. 1 hanno posto soltanto le grandi linee, lasciando alla legge ordinaria di stabilire più particolari norme di procedimento, avrà i suoi vantaggi, ma avrà anche (e forse in maggiore misura) i suoi pericoli.

Si potrebbe intanto chiedere se sia stato buon accorgimento quello di escludere in ogni caso la possibilità di un ricorso in via principale alla Corte costituzionale, che sia svincolato dal passaggio necessario e dalla sosta obbligatoria dinanzi al giudice ordinario. Con questo accorgimento si è voluto evitare, come si è visto, che la Corte costituzionale sia ingombrata da un afflusso indiscriminato di ricorsi destituiti d'ogni fondamento giuridico e alimentati soltanto da moventi politici: se *quisquis de populo* fosse legittimato a ricorrere diretta-

(1) Questo caso è stato ricordato al Senato dal sen. AZARA, *Disc.*, p. 5501.

(2) Cfr. il mio trattato sulla *Cassazione civile*, vol. I, pag. 546; vol. II, pag. 423.

mente alla Corte costituzionale per impugnare di incostituzionalità qualsiasi legge indipendentemente dalla sua concreta applicazione giudiziaria, probabilmente non una tra le mille e mille leggi che si pubblicano sfuggirebbe alla impugnazione: e il funzionamento della Corte sarebbe reso impossibile.

Ma d'altra parte costituisce un inconveniente non meno grave il fatto che una legge, anche se manifestamente viziata da illegittimità costituzionale non possa esser portata all'esame della Corte costituzionale fino a che non si presenti in sede giudiziaria il caso pratico in cui venga in questione la sua applicazione: caso pratico che può anche tardare a presentarsi qualche anno o qualche diecina d'anni dalla pubblicazione della legge, la quale nel frattempo dovrà essere osservata non solo dai privati cittadini ma anche dai pubblici uffici, sia pur col dubbio o colla platonica convinzione della sua illegittimità. Forse sarebbe stato più provvido ammettere alla impugnazione in via principale, se non *quisquis de populo*, qualche organo pubblico appositamente costituito o scelto tra quelli già esistenti (per es. il P. G. presso la Corte di Cassazione) che potesse funzionare come *organo requirente, posto a guardia della costituzionalità delle leggi*, legittimato a ricorrere direttamente alla Corte costituzionale senza passare attraverso la fase preliminare giudiziaria. Ma ormai, poichè ciò non si è fatto (1) e la pendenza di una controversia concreta è in ogni caso il presupposto indispensabile per poter sollevare la questione di legittimità costituzionale di una legge, è da prevedere che molte volte la controversia concreta sarà fatta nascere come *espediente* per poter dare adito alla Corte costituzionale: accadrà cioè che quando vi sia un interesse politico collettivo a impugnare per illegittimità costituzionale una legge (si pensi, per esempio, alle leggi limitatrici del di-

---

(1) Cfr. La Torre, scritto cit., pag. 458 e segg.; Kelsen, *La garantie jurid.*, cit., pagg. 245-247, (sulla istituzione di un « difensore della Costituzione dinanzi al Tribunale costituzionale, che, a somiglianza del p. m. nella procedura penale, avrebbe il potere di introdurre d'ufficio la procedura del controllo di costituzionalità per gli atti che ritenesse irregolari »). La Costituzione non ha riprodotto la disposizione contenuta nell'art. 128 del Progetto, secondo il quale la dichiarazione di incostituzionalità poteva essere promossa « in via principale dal Governo, da cinquanta deputati, da un Consiglio regionale, da non meno di diecimila elettori o da altro ente ed organo a ciò autorizzati dalla legge sulla Corte costituzionale ». E' inutile, in questo mio scritto di carattere esegetico, che studia quel che si è fatto e non quello che si sarebbe potuto fare, mettersi a rievocare le varie proposte che durante i lavori della Costituente erano state fatte per tenere distinti il sindacato incidentale (di tipo americano) dal sindacato principale (di tipo austriaco), e per regolarli in maniera coerente: tali precedenti sono ampiamente riassunti nella già citata edizione della Cost., illustrata da Falzone-Palermo-Cosentino, pag. 240-255.

ritto di sciopero, se saranno votate) si troverà sempre il singolo che si presterà deliberatamente a violarla, per far sorgere così un processo civile o penale che dia occasione a sollevar la questione di incostituzionalità nell'interesse generale (1).

Ma nella massima parte dei casi è prevedibile che la questione di illegittimità costituzionale sarà sollevata da quello dei due litiganti (perchè uno c'è sempre) che ha interesse a mandare a lungo il processo: non perchè egli sia convinto che la legge sia contraria alla Costituzione, ma perchè nel sollevar tale questione egli (e per esso il suo avvocato) troverà una figura di più da aggiungere alle celebri « *cautelae* » per mandare in lungo i giudizi, che si trovano catalogate dagli antichi dottori.

Proprio in tali casi apparirà provvida la norma che dà al giudice il potere di respinger la questione come « manifestamente infondata » e di sventare così il tentativo dilatorio della parte che col sollevarla sperava di speculare sulla sospensione del processo. Ma il giudice dovrà guardarsi di cadere nell'eccesso opposto: dovrà evitare cioè che il suo giusto desiderio di reprimere gli espedienti della litigiosità ed anche un po' la sua tendenza istituzionale a difender la legge costituita, lo portino per sistema a considerare infondate tutte le questioni di illegittimità costituzionale, anche quando meriterebbero di esser prese in considerazione e di essere rimesse alla decisione della Corte competente; e così, senza accorgersene, contribuisca ad impedire che la Corte costituzionale possa intervenire a difesa della Costituzione nei casi in cui questo sarebbe più necessario.

Per questo ritengo che nella legge in elaborazione sarà opportuno stabilire che la decisione con cui il giudice dichiara manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale sollevata dalle parti (e con questo viene a sbarrare l'accesso alla Corte costituzionale), sia presa con le debite garanzie di ponderatezza e con adeguata motivazione.

Nell'art. 20 del disegno governativo, (immutato nel testo approvato dal Senato) è stabilito che, quando « l'autorità giurisdizionale » non ritenga manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale sollevata dalle parti, « emette ordinanza » colla quale « sospende il giudizio in corso » e « dispone la immediata trasmissione della propria ordinanza e degli atti alla Corte costituzionale per le sue decisioni »; e in questo caso può essere effettivamente opportuno che

---

(1) Già i primi illustratori della Costituzione, nell'opera già citata (FALZONE-PALERMO-COSENTINO), pag. 251 ritengono come naturale e quasi si direbbe sottinteso, che il cittadino per arrivare a adire la Corte costituzionale potrà legittimamente ricorrere alla *fictio litis;* cfr. MORTATI, *La Corte cost.* cit., pag. 70.

questa sospensione del processo e questa rimessione della questione alla Corte costituzionale avvenga con un provvedimento semplice, immediatamente esecutivo e non impugnabile, qual è la ordinanza. Ma nel caso contrario, quando cioè il giudice rigetti la eccezione di illegittimità costituzionale come manifestamente infondata, non vedo come ciò possa avvenire « con pronuncia non soggetta a gravame per speditezza di procedura » (1): mentre in tal caso la questione, anche se durante l'istruzione potrà formare oggetto di un'ordinanza del giudice istruttore, potrà poi esser ripresa in esame nella sentenza collegiale (la quale, decidendo il merito della causa dovrà necessariamente, come accade per tutte le questioni decise con ordinanza, art. 178 C. p. c., riprendere in esame anche questo punto); in modo che, essendo questa sentenza appellabile, la questione di legittimità costituzionale potrà essere riproposta e ripresa in esame anche in appello, e alla fine su di essa potrà pronunciarsi (trattandosi di questione tipicamente di diritto) anche la Corte di Cassazione; la quale, tutte le volte che confermerà la « manifesta infondatezza » della questione di illegittimità sollevata dinanzi al giudice di merito e da questo respinta, verrà colla sua giurisprudenza ad essere autorevole assertrice della legittimità costituzionale di quella legge di cui si è discusso. Ma se poi avverrà che, ripresentandosi in un altro processo la stessa questione, si trovi un giudice di parer contrario che preferisca rimettere la decisione alla Corte costituzionale, potrà allora avvenire che questa dichiari *erga omnes* la illegittimità della stessa legge, sulla quale la Cassazione *inter partes* aveva dichiarato « manifestamente infondato » ogni sospetto di illegittimità... Da questi contrasti possibili tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale la autorità dei due supremi organi non guadagnerà: e sarebbe forse opportuno, finchè la legge è in discussione, esaminare se non sia possibile trovar qualche espediente processuale che valga ad eliminarli o ad attenuarli (2).

16. — Sulle caratteristiche processuali di questa *pregiudiziale di incostituzionalità*, la cui disciplina costituisce uno degli aspetti più singolari e delicati dell'ordinamento italiano, è opportuno fare qualche altra osservazione.

Il giudice dinanzi al quale tale pregiudiziale si presenta, è competente a respingerla, come si è detto, per manifesta infondatezza, cioè per una ragione di merito; questa competenza del giudice a conoscere del merito della pregiudiziale esiste *secundum eventum quae-*

---

(1) Relaz. Persico, n. 21.

(2) Su questo punto sollevò qualche dubbio il sen. De Luca, nella discussione al Senato, 18 febbraio 1949, *Disc.*, pag. 5501.

stionis: esiste per risolverla in favore della legittimità della legge, non esiste per risolverla in senso contrario (con un meccanismo in certo senso analogo, com'è stato rilevato (1), a quello indicato dall'art. 23 della l. 9 gennaio 1929 n. 4, secondo la quale il giudice, dinanzi al quale si presenti la questione della inapplicabilità per abrogazione di norme penali di carattere finanziario, può, senz'altro, dichiararle applicabili, ma non può dichiararle inapplicabili se prima non ha promosso la decisione in proposito della Corte di Cassazione).

Ma il giudice, accanto a questa competenza delibativa di merito, che si potrebbe dire, come nella terminologia stradale, « a senso unico », avrà competenza piena, secondo le regole generali del processo, per conoscere se la pregiudiziale di costituzionalità sia *rilevante* nella causa: ed anche per mancanza di rilevanza (oltre che per manifesta infondatezza) potrà decidere che il processo abbia il suo corso senza tener conto della pregiudiziale. Per riconoscere al giudice tale potere non ci sarebbe stato bisogno di una norma apposita: nella stessa nozione di pregiudiziale c'è implicito il carattere della necessaria dipendenza della causa principale dalla decisione della questione, che, appunto per questo, deve essere giudicata prima; la sospensione della causa principale può essere ordinata quando dalla decisione della pregiudiziale « dipende » (art. 295 C. p. c.) la decisione della causa principale. Da ciò logicamente deriverebbe che, di fronte alla pregiudiziale di incostituzionalità, il giudice avrebbe in ogni caso il potere, anche senza esplicita norma, di stabilire se la legge di cui si rileva la illegittimità costituzionale sia quella in base alla quale la causa dovrebbe esser decisa; se il giudice ritenga che la causa possa essere decisa in base ad un'altra legge, la decisione sulla legittimità della prima perde il suo carattere pregiudiziale, e quindi non è più il caso di sospender la causa per far decidere sulla costituzionalità di una legge che il giudice già sa non applicabile a quel caso. Tuttavia durante i lavori preparatorî era stato esplicitamente proposto, dalla competente Sottocommissione, che si desse al giudice la facoltà di respingere l'eccezione anche quando la ritenesse « non pertinente alla causa », ma il Comitato di redazione aveva ritenuto superflua tale specificazione e l'aveva soppressa (2); ora però, nelle discussioni dinanzi al Senato tale formula è stata riesumata, ed oggi nel testo di legge approvato dal Senato, si legge infatti che il giudice può respingere la eccezione di illegittimità costituzionale anche quando la ritenga « non pertinente alla causa » (3).

---

(1) Azzariti, *Considerazioni*, cit., pag. 52.

(2) Cfr. Falzone ed altri, *La Cost. illustrata*, pag. 252.

(3) Su proposta del sen. Bosco, *Disc.* pag. 5506.

Senonchè qui, proprio in relazione a questo requisito della rilevanza o pertinenza della eccezione (il quale poi non è altro che un aspetto del requisito più generale dell'*interesse ad agire* o *ad eccepire*), il discorso si può anche allargare, anticipando in parte quello che più avanti si dirà (n. 23). Quando si parla di sospensione necessaria della causa principale in attesa della decisione della pregiudiziale, si intende che la cognizione su questa pregiudiziale appartenga alla competenza di *un altro giudice*, sicchè per deciderla occorra una sentenza, cioè l'atto di un organo giudiziario diverso da quello competente a decidere la causa principale, ma sempre un atto di natura giurisdizionale (l'articolo 295 parla di una « controversia civile o amministrativa » da cui dipende la decisione della causa). Nel funzionamento normale della sospensione per pregiudizialità, si sospende un giudizio in attesa che si svolga dinanzi a un altro giudice un altro giudizio: tra la causa principale e la causa pregiudiziale vi è omogeneità di natura giuridica e, si potrebbe dire, coincidenza di dimensione. Ma qui, nella cosiddetta pregiudiziale di costituzionalità, il giudizio sulla singola causa rimane sospeso in attesa che un altro organo (la Corte Costituzionale) decida non su altra causa, ma su una questione più vasta e generale, cioè sulla efficacia della legge da applicare. La questione pregiudiziale si dilata, eccede dall'ambito giudiziario e cambia natura funzionale: diventa una questione legislativa. La causa pendente dinanzi al giudice si sospende non in attesa di un atto giurisdizionale, ma in attesa di un atto di altra natura, cioè di un atto legislativo.

Ma c'è di più; questo atto, se la Corte costituzionale accoglierà la cosiddetta pregiudiziale, avrà in sostanza gli stessi effetti della abrogazione della legge riconosciuta incostituzionale, cesserà di aver vigore per l'*avvenire* (n. 20). Ma ciò vorrà dire che questa abrogazione non potrà avere alcun valore retroattivo per la causa in corso, la quale, anche se la cosiddetta pregiudiziale sarà accolta, dovrà in ogni caso esser decisa secondo la legge vigente al momento in cui è sorto il rapporto giuridico di cui si discute, cioè secondo la legge poi dichiarata *ex nunc* inefficace. Si dovrà dire dunque che le parti in causa non avranno mai interesse a sollevare la pregiudiziale di incostituzionalità? e che, se la solleveranno, il giudice dovrà in ogni caso respingerla per mancanza di interesse, dato che, qualunque possa essere la decisione della Corte costituzionale in proposito, l'esito della causa in corso non potrà esserne in alcun modo modificato?

Questa potrebbe sembrare una conclusione paradossale; ma a ben pensare, come meglio si vedrà in seguito, la sospensione del processo, chiesta in questo caso, è come se fosse chiesta per attendere la emanazione di una legge nuova non retroattiva (abrogativa) da parte degli organi legislativi. Nessun giudice prenderebbe sul serio una domanda

di sospensione così formulata; ma, a ben guardare, anche la sospensione del giudizio in attesa della pronuncia della Corte costituzionale manca del pari di ogni ragion d'essere se si ritiene che questa pronunzia, al par di una legge non retroattiva, abbia efficacia solo per l'avvenire.

17. — Dalla apparente somiglianza tra questo caso ed altre situazioni processuali in cui il processo sul merito rimane sospeso in attesa che su una questione preliminare di esso decida un giudice superiore (si pensi al regolamento di competenza, specialmente a quello d'ufficio: art. 45, art. 47 comma quarto C. p. c.), si potrebbe esser tratti a ritenere che la Corte costituzionale sia un giudice superiore dello stesso ordine di quello della causa rimasta in sospeso, e che, dinanzi alla Corte, in seguito alla rimessione ad essa della questione pregiudiziale, prosegua, sia pure ai limitati effetti della discussione e decisione della questione pregiudiziale, lo stesso processo originario *inter partes*.

Ma in realtà non è così: perchè dinanzi alla Corte costituzionale non si svolge una fase dello stesso processo rimasto sospeso; ed anzi è perfino dubitabile che si svolga dinanzi ad essa un vero e proprio processo giurisdizionale. Il che porta poi a domandarsi addirittura se la Corte costituzionale, quale è stata istituita nel nostro ordinamento, sia veramente in ogni caso, e specialmente nel caso che qui si studia, organo *giurisdizionale*, come la terminologia adottata tenderebbe a far credere (cfr. n. 18).

Queste riserve sulla natura giurisdizionale della Corte costituzionale non riguardano i casi nei quali la Corte è chiamata a risolvere i « conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato » o a giudicare sulle accuse promosse, a norma della Costituzione, contro il Presidente della Repubblica e contro i Ministri (art. 134, penultimo ed ultimo comma): e neanche riguardano, tra i giudizi di legittimità costituzionale (articolo 134 primo alinea), quelli che hanno per oggetto un conflitto di competenza legislativa tra lo Stato e una Regione, o tra Regioni (art. 2 della l. cost. n. 1).

In tutti questi casi gli elementi anche formali ed apparenti della giurisdizione sono agevolmente riscontrabili: vi può essere un'*azione* (di « azione di legittimità costituzionale » parla l'art. 2 della l. cost. n. 1 nel caso di conflitto di competenza legislativa), vi può essere un conflitto attuale di poteri o di enti, ciascuno dei quali difende o rivendica in giudizio le proprie attribuzioni o la propria competenza, e quindi si può parlare di « parti » in senso processuale.

I dubbi nascono invece per quei giudizi di legittimità costituzionale che prendono origine dalla proposizione di una pregiudiziale

costituzionale in un processo ordinario, e che si instaurano dinanzi alla Corte costituzionale in seguito a rimessione ordinata dal giudice.

Qui, una volta avvenuta la rimessione della questione di legittimità costituzionale alla Corte, dove sono le « parti »? tra quali soggetti si svolge il processo? da chi e nei confronti di chi è esercitata l'azione? e può esservi veramente un'azione?

Anche qui, più che dare risposte, mi par che sia importante, per ora, porre domande (alle quali dare risposta non è facile).

A chi spetti dinanzi alla Corte costituzionale la qualità di parte, nè la Costituzione nè la legge cost. n. 1 specificano. L'art. 1 di questa ultima legge dice che la questione di legittimità costituzionale può essere non solo « sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio », ma altresì « rilevata d'ufficio » dal giudice; ma non è detto poi, una volta che nel corso di un giudizio la questione sia stata rilevata d'ufficio dal giudice o sollevata da una delle parti, quale sarà la persona o l'organo legittimato a sostenere la questione dinanzi alla Corte costituzionale, e quale il soggetto passivamente legittimato a contraddire. Evidentemente, nel caso che la questione sia rilevata d'ufficio, non è neanche pensabile che ad assumere la posizione di attore dinanzi alla Corte costituzionale possa essere chiamato il giudice che per dovere d'ufficio l'ha rilevata (1): nè si sa vedere chi dovrebbe assumere in questo caso la parte di legittimo contraddittore (tutt'e due le parti del processo rimasto sospeso?). Ma anche quando la pregiudiziale di illegittimità costituzionale sarà sollevata da una delle parti in causa (o dal pubblico ministero, quando è legittimato) non sembra che questo possa bastare a darle dinanzi alla Corte costituzionale una posizione processuale paragonabile a quella del ricorrente nel processo ordinario di impugnazione.

In verità, se si tengono presenti soltanto le poche norme contenute nella Costituzione o nella l. cost. n. 1 (le sole che finora abbiano valore giuridico, perchè per le altre si tratta di un disegno ancora in discussione), verrebbe fatto di pensare che dinanzi alla Corte costituzionale la presenza di « parti », in quel senso in cui parti si avevano nel processo rimasto in sospeso, non solo non sia necessaria, ma addirittura non sia nemmeno concepibile. Nel giudizio di legittimità costituzionale non si discute di un concreto rapporto interindividuale, i cui soggetti conservino sul medesimo, anche dinanzi al giudice, più o meno estesi poteri di disposizione, in forza dei quali possano nel giudizio delimitare il tema della discussione o addirittura far cessare la materia del contendere. Dinanzi alla Corte costituzionale non si di-

(1) Cfr. La Torre, scritto cit., pag. 457.

batte una questione di interesse individuale la cui risoluzione sia destinata a valere soltanto *inter partes,* ma una questione attinente alla validità di una legge in generale, nella quale tutti i cittadini sono ugualmente interessati e dovrebbero apparire teoricamente come legittimati nello stesso grado a esprimere la loro opinione. Anche nel caso che la questione di legittimità costituzionale sia sollevata da una delle parti in causa, la istanza di parte (quando il giudice non la respinga senz'altro come manifestamente infondata) dovrebbe valere come presentazione di denuncia, non come esercizio d'azione. La rimessione della questione, ordinata dal giudice, dovrebbe servire soltanto a investire la Corte costituzionale della questione; ma da questo momento l'indagine di legittimità dovrebbe considerarsi svincolata dalla iniziativa di parte e la Corte costituzionale dovrebbe procedervi d'ufficio, per proprio conto, poichè la questione che essa è chiamata a decidere si presenta ormai in termini generali ed astratti che non hanno più alcun riferimento alla controversia concreta da cui ha tratto occasione.

Questa sarebbe, logicamente, la figura che ci si attenderebbe di ritrovare nel procedimento di legittimità costituzionale. Viceversa, nel disegno di legge che è oggi in discussione dinanzi alla Camera, al giudizio dinanzi alla Corte costituzionale si viene a dare una struttura processuale molto simile a quella di un procedimento di impugnazione, sul tipo del giudizio di cassazione, del quale anzi si richiamano le norme (art. 19). La parte che ha sollevato la pregiudiziale di costituzionalità nel processo *inter partes,* viene ad assumere così, dinanzi alla Corte costituzionale, la posizione di *ricorrente;* il ricorso deve essere accompagnato da un deposito per multa sul tipo di quello richiesto per il ricorso in cassazione, ma di ammontare superiore (l'art. 18 del disegno governativo lo proponeva in lire ventimila, ma il Senato l'ha ridotto a lire cinquemila); di fronte al ricorrente figura la originaria controparte in veste di legittimo contraddittore. Ambedue le « parti » sono ammesse entro un certo termine a presentare le loro deduzioni scritte (art. 21), e poi su relazione di uno dei componenti della Corte, il ricorso si discute oralmente in udienza (art. 22), con intervento di avvocati (art. 17) e forme tipicamente giudiziarie. Un articolo del disegno (art. 19) dispone che « nel procedimento davanti « la Corte costituzionale... si osservano oltre alle norme della presente « legge, le norme del codice di procedura civile per il ricorso per cas- « sazione, in quanto applicabili » (1): il che significa, se non andiamo

(1) Mi pare esatto quanto aveva osservato il La Torre, scritto cit., pag. 461: che, se per il procedimento da seguire dinanzi alla Corte cost. si riteneva utile rinviare a qualche legge preesistente, sarebbe stato più coerente rinviare al procedimento seguito dinanzi al Consiglio di Stato.

errati, che la Corte costituzionale, nonostante la denuncia di illegittimità costituzionale pervenutale, si troverebbe messa nella impossibilità di prenderla in esame (anche se per avventura si presentasse *ictu oculi* fondatissima), non solo quando il ricorso di parte si presentasse inammissibile per ragioni formali (per es. per mancanza del prescritto deposito), ma anche quando il ricorrente, dopo averlo presentato, vi rinunciasse. L'indagine sulla legittimità costituzionale di una legge, cioè una questione attinente in maniera tipica all'interesse generale, potrebbe all'ultimo momento esser sottratta al supremo organo che già ne fosse investito, in virtù di una manovra processuale comandata dall'interesse di parte (il quale potrebbe poi, in certi casi, essere anche l'interesse di una « parte » politica). La difesa della Costituzione sarebbe abbandonata così, anche dinanzi alla Corte costituzionale, al beneplacito del privato litigante, che potrebbe essere anche lo strumento di un partito.

Tutto questo poi non spiega come, e ad iniziativa di chi, il giudizio dovrebbe svolgersi quando la pregiudiziale costituzionale fosse stata rilevata d'ufficio dal giudice. Secondo il disegno di legge in discussione non è istituito presso la Corte costituzionale un pubblico ministero, nè un organo che gli somigli (1): non sembra dunque che dinanzi alla Corte costituzionale possa esservi, anche quando mancano le parti private, una requisitoria ufficiale paragonabile a quella del P. G. nelle udienze della Corte di cassazione. Ad un ricorso nell'interesse della legge (che qui sarebbe « nell'interesse della Costituzione ») nessuna norma del disegno accenna: nè è detto quale potrebbe essere l'organo legittimato a sostenerlo. L'articolo 20 legittima a sollevare la questione di legittimità costituzionale anche il pubblico ministero: ma non dice se questo possa avvenire sempre (cioè legittimando il p. m. a intervenire in ogni giudizio al solo scopo di sollevare la pregiudiziale di costituzionalità) (2), o solo in quelle cause in

---

(1) Questo è un punto che c'è da augurarsi possa esser rimediato nelle discussioni ancora in corso. Sulla istituzione del p. m. presso la Corte costituzionale si discusse durante i lavori preparatorî della Costituzione, ma la proposta del relatore in tal senso fu respinta (cfr. FALZONE, *La Cost. ill.*, pag. 253). Sulla necessità di un p. m. presso la Corte costituzionale, cfr. LA TORRE, scritto cit., pag. 462; KELSEN, *La garantie jurid.* cit., pag. 247.

(2) L'art. 1 della l. cost. n. 1 non parla di legittimazione del p. m. Se si ritiene che il p. m. rientri implicitamente nel caso in cui la questione di legittimità costituzionale è sollevata « da una delle parti », allora la legittimazione del p. m. dovrebbe esser ristretta, nei processi civili, a quei pochi casi in cui il p. m. è parte in causa; altrimenti, per ammettere una legittimazione più generale del p. m. bisognerà ritenere che ad esso implicitamente alluda il cit. art. 1 quando stabilisce che la questione può essere sollevata « d'ufficio »: « d'ufficio », cioè dal giudice o dal p. m.

cui il pubblico ministero è già parte (come nei processi penali; o in quelle cause civili in cui il p. m. è legittimato ad agire); lo stesso articolo stabilisce che l'ordinanza con cui la questione è rimessa alla Corte costituzionale sia comunicata anche al pubblico ministero « quando il suo intervento nel giudizio sia obbligatorio » (cioè anche nei casi in cui il p. m. sia legittimato non ad agire, ma soltanto ad intervenire). Da queste disposizioni parrebbe che possa desumersi che anche il pubblico ministero, quando la questione pregiudiziale è sollevata da lui, possa assumere dinanzi alla Corte costituzionale la posizione di ricorrente (lo conferma infatti il capoverso dell'art. 18, che lo esonera dal deposito pecuniario), o quella di resistente nei casi in cui « il suo intervento nel giudizio sia obbligatorio ». Ma il pubblico ministero, com'è noto, non è un uomo, è un ufficio; e se dinanzi alla Corte costituzionale non è organizzato un ufficio del pubblico ministero, è difficile intendere in quale forma e per mezzo di chi il pubblico ministero possa far sentire la sua voce dinanzi alla Corte costituzionale!

18. — I dubbi finora espressi risalgono forse tutti quanti ad un problema preliminare: se cioè la Corte costituzionale, quando è chiamata ad indagare sulla legittimità costituzionale di una legge, eserciti con questo funzione giurisdizionale, sì da potere, anche in questa sua attribuzione, essere considerata come una « giurisdizione speciale » (1), dinanzi alla quale il procedimento debba necessariamente svolgersi in forme giudiziarie.

C'è da sospettare che i preparatori del disegno di legge oggi in discussione, si siano lasciati suggestionare dall'esempio del sistema nordamericano, nel quale il sindacato sulla costituzionalità delle leggi ha carattere nettamente giudiziario; senza forse considerare abbastanza che ciò avviene in quell'ordinamento perchè ivi quel sindacato è esercitato (anche dinanzi alla Suprema Corte) *soltanto in forma incidentale;* mentre nell'ordinamento italiano, dopo la fase introduttiva che essa sola ha carattere incidentale, l'esercizio del sindacato si svolge poi, fuori dell'ambito della singola controversia, *in forma principale.* Anche la Suprema Corte americana quando dichiara la incostituzionalità di una legge (con una motivazione che poi per il principio dello « *stare decisis* » potrà avere in casi simili valore di massima) emette tale dichiarazione allo scopo di decidere su una singola controversia concreta, alla quale quella legge avrebbe dovuto essere applicata. La discussione e la decisione sulla legittimità costituzionale della legge

(1) In tal senso RANELLETTI, *Istituzioni,* cit., n. 283, pag. 152; LA TORRE, scritto cit., pag. 453.

avviene dunque in ogni caso sotto il profilo della sua applicabilità al caso che si discute *inter partes* e nell'ambito processuale della singola controversia, che si svolge, in tutti i gradi del giudizio, col necessario contraddittorio delle parti legittimate.

Ma negli ordinamenti, com'è il nostro, nei quali il sindacato di legittimità si svolge in via principale, il contraddittorio *inter partes* perde, superata la fase introduttiva, ogni significato. Se, come era stato proposto nel progetto della Costituzione, la questione di costituzionalità di una legge avesse potuto esser proposta direttamente alla Corte « da un corpo qualificato o da un certo numero di cittadini » (1), e ciò indipendentemente dalla pendenza di una controversia nella quale fosse sorto il dubbio sulla applicabilità di quella legge ad un caso singolo, non sarebbe stata neanche immaginabile la possibilità di inscenare dinanzi alla Corte costituzionale un contraddittorio *inter partes*: dato che, di fronte al soggetto o organo collettivo legittimato a sollevar la questione nell'interesse generale, non vi sarebbe stato alcun *legitimus contradictor.* Ma la natura principale e generale del sindacato esercitato dalla Corte costituzionale non varia per il fatto che l'occasione di rilevare la questione di legittimità sorga incidentalmente in un processo, se poi, com'è nel sistema italiano, il giudizio su quella questione non si svolge più dinanzi all'organo giudiziario, in forma incidentale e con efficacia limitata al singolo caso, ma passa, svincolandosi da ogni riferimento al caso concreto, alla cognizione di un organo costituzionale superiore, che la esamina in termini generali, come *problema legislativo* e *non come problema giurisdizionale,* e la risolve con una decisione che ha l'efficacia generale (e non retroattiva) di una legge e non quella particolare di una sentenza.

In realtà, quando il sindacato sulla costituzionalità delle leggi si svolge, come nel sistema austriaco fondamentalmente adottato in Italia, in via principale e generale, l'organo che esercita questo sindacato *non è un organo giurisdizionale*: non tanto perchè, come è stato osservato, « permarranno sempre nelle controversie sottoposte al suo esame delle striature politiche » (2) (anche una decisione fondata su criterî politici può avere, in certi ordinamenti, carattere giurisdizionale), ma perchè nessuno dei sintomi, che si indicano come tipici della funzione giurisdizionale, si riscontrano in questo sindacato generale di costituzionalità: non quello carneluttiano della « lite » e della sua composizione, perchè qui lite rilevante può esservi, *inter partes,* fino a che nell'interesse particolare si discute della applicabilità della legge

---

(1) Cfr. relaz. RUINI, pag. 15, (art. 128 del Progetto di Costituzione); e FALZONE ed altri, *La Cost. ill.*, pag. 250.

(2) AMORTH, *La Cost. italiana,* pag. 131.

a un caso concreto, non più quando si discuta, nell'interesse pubblico, del suo significato e della sua efficacia in termini generali ed astratti; non quello chiovendiano della attuazione della legge nelle sue volontà concrete, perchè qui il sindacato della Corte non mira a garantire che la legalità sia rispettata nel momento in cui la norma astratta si specifica e si fa concreta, ma mira a garantire la legittimità costituzionale della legge in un momento *anteriore*, cioè prima della sua applicazione, quando si pone come comando generale ed astratto. Il sindacato della Corte costituzionale colpisce la legge nel suo momento normativo, non nel suo momento giurisdizionale: essa non è quindi, in questa sua attribuzione, un organo giudiziario, ma piuttosto, come pensa il KELSEN (1), un organo paralegislativo o superlegislativo, che attraverso il sindacato di legittimità può esercitare sulle leggi ordinarie, sia pure colle garanzie del pubblico dibattimento e della motivazione, una specie di diritto di veto, o meglio un potere legislativo soltanto negativo, cioè un potere legislativo abrogante. E' vero che nelle poche disposizioni dedicate alla Corte costituzionale dalla Costituzione si adopra una terminologia decisamente giudiziaria: i suoi componenti si chiamano « giudici », il procedimento che si svolge dinanzi ad essa si chiama « giudizio »; e così via. Ma non bisogna lasciarsi trarre in equivoco da questa terminologia; sia perchè essa non potrebbe bastare da sè sola a cambiare la natura oggettiva della funzione; sia perchè, se in alcuna delle sue attribuzioni la Corte ha effettivamente il carattere di un organo giudiziario, questo non significa che la sua funzione si possa considerare giurisdizionale anche quando le mancano (come avviene appunto quando esercita il controllo di legittimità costituzionale) i caratteri indispensabili per poterla qualificare così.

Vi è tuttavia, tra la funzione della Corte costituzionale che annulla le leggi viziate da illegittimità costituzionale, e la funzione degli organi più propriamente legislativi che possono abrogare qualsiasi legge indipendentemente dalla sua incostituzionalità, una profonda differenza: che mentre gli organi legislativi agiscono liberamente, sotto la spinta della sola opportunità politica, che li induce ad abrogare una

---

(1) *La garantie jurid.*, pagg. 224-226 (« ... *un tribunal qui a le pouvoir d'annuller les lois, est par conséquent un organe du pouvoir legislatif* »); cfr. EISENMANN, op. cit., pag. 105 e segg. Nelle discussioni dinanzi al Senato il rel. on. PERSICO, in contrasto coll'affermazione di varî oratori che sostenevano il carattere in ogni caso giurisdizionale della Corte costituzionale, molto esattamente affermò: « La Corte costituzionale è organo legislativo... Quando essa annulla una legge o la dichiara incostituzionale, fa opera legislativa. Quella legge non esiste più. E' opera legislativa negativa, in quanto impedisce che una legge abbia applicazione, ma è pur sempre opera legislativa » (*Disc.* pag. 5122).

legge vecchia per sostituirla con una legge nuova ritenuta migliore (1), la Corte costituzionale annulla la legge non allo scopo di sostituirla con una ritenuta politicamente più conveniente, ma unicamente perchè essa è in contrasto con una norma costituzionale che deve esser fatta rispettare: cioè, in principio, per un motivo puramente giuridico. La Corte costituzionale si ispira al passato, non, come il Parlamento, all'avvenire: annulla le leggi non per dare ingresso a leggi nuove, ma per far rispettare la legge vecchia (cioè la norma costituzionale). Per questo la sua funzione, pur essendo nel suo effetto legislativa (abrogante), somiglia nelle sue premesse a quella di un tribunale: toglie vigore alle leggi con efficacia generale ed astratta (e in questo senso la sua funzione è legislativa), ma fa ciò in applicazione di una legge preesistente e superiore, che deve prevalere sulle leggi contrastanti con essa (e in ciò la sua funzione somiglia alla giurisdizione). Esercita un potere legislativo non libero, ma *comandato dalla Costituzione*: il che, in un sistema di costituzione rigida, non è un paradosso.

E' appunto per questo che la Corte costituzionale (la quale, nell'esercitare la sua funzione legislativa, è tenuta ad applicare la Costituzione) è bene che sia costituita come un tribunale, con quelle garanzie di indipendenza e di imparzialità che sono proprie dei tribunali istituiti per applicare la legge. Per questo il suo procedimento è bene che si svolga con solennità di forme giudiziarie. A tale scopo, se si vuole che dinanzi ad essa sia praticamente attuata quella separazione, che è massima garanzia di giustizia nei processi, tra l'organo che propone il tema da decidere e l'organo che lo decide, sembra, *in iure condendo*, che il sistema più semplice sia, come già si è detto, quello di istituire presso la Corte costituzionale un pubblico ministero o un analogo ufficio istruttorio e requirente, il quale abbia l'attribuzione di far propria e di sostenere dinanzi alla Corte la questione di illegittimità sorta in un processo ordinario e ad esso denunciata attraverso l'ordinanza del giudice: una specie di *defensor Constitutionis*, che assuma nel dibattimento dinanzi alla Corte la funzione di organo propulsore.

All'infuori di questo sistema, non vedo come si possa trasferire dinanzi alla Corte costituzionale quel contraddittorio *inter partes* che ha la sua ragione d'esser finchè si discute una controversia concreta, ma che rimane un mero artificio quando si discute non più su un conflitto di interessi individuali, ma sul contrasto tra una legge costituzionale e una legge ordinaria, cioè tra due norme aventi ambedue efficacia generale ed astratta. Si potrà magari ammettere che le parti

(1) KELSEN, *La garantie jurid.* cit., pag. 226.

originarie di quel processo in cui è sorta la pregiudiziale di costituzionalità siano ammesse, se lo gradiscono, ad esporre alla Corte costituzionale, per iscritto o a voce, le loro contrapposte opinioni (se veramente sono di opinione diversa) sulla legge della cui legittimità costituzionale si discute; ma le loro opinioni non avranno quella rilevanza dispositiva che nel processo è propria delle dichiarazioni di parte: saranno opinioni rispettabili e discutibili, come quelle di qualsiasi altro cittadino che accademicamente discuta sull'argomento. Una volta che alla Corte costituzionale sia pervenuta la denuncia della illegittimità di una legge, la opinione individuale dei privati litiganti, la loro attività o la loro inerzia, la loro insistenza o il loro pentimento non possono più avere alcun valore. La legge è legittima o illegittima *per tutti*: questo è il punto che la Corte deve chiarire: ormai l'opinione individuale non ha più alcun valore.

Se dinanzi alla Corte costituzionale si volesse istituire una parvenza di contraddittorio, bisognerebbe trovare il modo di tradurre in una contrapposizione di organi (com'è, nelle cause matrimoniali ecclesiastiche, quella tra il *promotor iustitiae* e il *defensor vinculi*) il contrasto tra norme di cui in questa sede si discute: da una parte la Costituzione e dall'altra la legge ordinaria. Ma sarebbe una complicazione artificiosa perchè in realtà qui il conflitto di norme non si traduce in un conflitto di poteri o di organi: il potere costituente e il potere legislativo ordinario sono infatti esercitati, sia pure attraverso procedimenti diversi, dagli stessi organi legislativi. Contrapposizione di organi può esservi nei giudizi sui conflitti di attribuzione, ed anche nei conflitti di competenza legislativa tra Stato e Regione o tra Regioni; ma nei giudizi di legittimità costituzionale il conflitto ha carattere oggettivo non soggettivo, cioè tra norme ormai distaccate dall'organo che l'ha emanate, e che ormai portano ciascuna in sè segnati i limiti della propria efficacia, senza con ciò coinvolgere i poteri di cui sono espressione. Per questo mi pare che si possa dubitare della opportunità della disposizione contenuta nell'art. 21 del disegno governativo, che ammette a intervenire, *anche nei giudizi di legittimità costituzionale,* personalmente o a mezzo di rappresentante, il Presidente del Consiglio dei Ministri ed il Presidente della Giunta Regionale; e, *a fortiori,* della aggiunta che era stata apportata a questo articolo dalla Commissione senatoriale (ma che poi per fortuna il Senato ha respinta) secondo la quale potrebbe intervenire in giudizio anche « il Parlamento », rappresentato da un delegato eletto dalle due Camere riunite (1).

---

(1) Cfr. *Disc. al Senato,* 18 febbraio 1949, pag. 5513 e segg.

La presenza nei giudizi di legittimità costituzionale di un rappresentante dello Stato o della Regione è più che utile, necessaria, nei casi di conflitto di competenza legislativa (art. 2 della l. cost. 9 febbraio 1948 n. 1), nei quali si presenta veramente un contrasto tra soggetti, che assumono logicamente in questo dibattito la posizione di parti contrapposte. Ma quando si tratta di una questione di legittimità costituzionale in senso stretto (contrasto tra norme) non si sa veramente che cosa ci stiano a fare in questo dibattito il Presidente del Consiglio o il Presidente della Regione, i quali non hanno alcuna veste per sostenere la legittimità o la illegittimità di una norma giuridica che, una volta pubblicata, vive di efficacia propria, senza che sia lecito agli organi governativi o legislativi esprimere in proposito (se non in forma di nuove leggi) alcuna opinione. Che dire poi dell'intervento in causa del Parlamento? Il relatore on. PERSICO (1) aveva giustificato questa aggiunta coll'osservare che « quando si impugna una « legge approvata dal Parlamento, questo ha il diritto di intervenire in « giudizio per dimostrare le ragioni per cui la legge fu fatta, e per « contestare il giudizio di incostituzionalità della legge stessa. Non « vedo il motivo per negare all'accusato la difesa, anche se questo « è il Parlamento, e non vedo perchè sia offensivo per il Parlamento « sostenere una sua legge... ». Debbo dire, con tutto il rispetto per questa autorevole opinione, che quest'idea del Parlamento che si difende come imputato dinanzi alla Corte costituzionale non so mandarla giù (2). Intanto, per parità di trattamento, sarebbe stato necessario, di fronte al Parlamento imputato, dare la possibilità di intervenire in causa, per mezzo di un rappresentante corporeo, anche alla Costituzione accusatrice. Ma poi (senza stare a discuter qui se questa raffigurazione del Parlamento imputato giovi molto alla dignità degli istituti parlamentari) non credo che questa concezione diciamo così antropomorfica di quello che è in realtà soltanto un conflitto oggettivo di norme corrisponda alla realtà giuridica della situazione: il Parlamento in realtà, quando ha approvato ed emanato una legge, non ha più alcuna veste « per dimostrare le ragioni per cui la legge fu fatta »; il potere legislativo si esplica nel far le leggi nuove, non nell'andare a patrocinare dinanzi ai giudici le buone ragioni delle leggi vecchie! Le « ragioni per cui la legge fu fatta » possono risultare, casomai, dai lavori preparatorî (e tutti sanno che anche di essi si deve fare un uso quanto mai cauto e parsimonioso); ma nessuna veste ha il Parlamento per mettersi a rifare *a posteriori* l'apologia di una legge che può essere

(1) PERSICO, *La Corte cost.* cit., pag. 161.

(2) Cfr. il discorso dell'on. ORLANDO al Senato, nella seduta del 27 gennaio 1949, *Disc.*, pag. 4577.

stata emanata venti anni fa, e della quale soltanto i componenti degli organi parlamentari, come allora erano costituiti, poterono valutare i moventi e l'opportunità politica. (Il Parlamento che difende dinanzi alla Corte costituzionale la sua legge può far venire in mente quella concezione che si aveva della impugnazione delle sentenze negli antichi diritti germanici, quando il giudice considerava la impugnazione della sua sentenza come un'offesa personale e andava a battersi in duello contro chi l'aveva proposta!).

Queste singolarità di alcune norme del disegno (che in parte già sono state corrette dal Senato e in parte c'è da sperare ancora che possano esser corrette dalla Camera) derivano tutte quante, a parer mio, dalla mancanza di una chiara idea del carattere *non giurisdizionale* del sindacato di legittimità esercitato dalla Corte costituzionale nel caso previsto dall'art. 1 della legge cost. n. 1.

19. — Remote analogie con istituti preesistenti che qualcuno potrebbe riesumare per sostenere il contrario, non avrebbero valore decisivo. Carattere giurisdizionale avevano, secondo la opinione prevalente, le sentenze con cui la Magistratura del lavoro risolveva le controversie collettive; perchè, nonostante che la loro efficacia fosse sostanzialmente normativa e paragonabile per la estensione a quella di un atto legislativo, esse miravano a risolvere un conflitto tra due associazioni sindacali e supplivano alla mancata conclusione di un contratto collettivo tra esse (1).

Carattere giurisdizionale aveva ed ha (secondo l'art. 23 della già citata l. 7 gennaio 1929 n. 4) la decisione con cui la Corte di Cassazione, in seguito a ordinanza di sospensione del giudice inferiore, giudica a sezioni unite sulla inapplicabilità di norme penali contenute in leggi concernenti i singoli tributi (2): questo istituto, nelle linee del suo procedimento, ha molti punti di contatto colla sospensione a cui dà luogo, secondo l'ordinamento in elaborazione, la pregiudiziale costituzionale; ma la legge espressamente stabilisce la efficacia giurisdizionale e non legislativa della decisione della Cassazione, la quale « costituisce giudicato irrevocabile sul punto da essa deciso », ed ha efficacia, per questo, nei limiti del solo caso deciso.

Il solo istituto del nostro diritto positivo col quale si potrebbero forse trovare anche in questo campo più profonde ragioni di analogia è quello del ricorso di legittimità contro gli atti amministrativi, dal quale già abbiamo tratto, per tentare una analisi del vizio di illegitti-

---

(1) Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni* cit., I, § 26.

(2) CALAMANDREI, *Istituzioni* cit., II, pag. 74.

mità costituzionale, alcune nozioni. Si potrebbe dire che, come col ricorso agli organi della giustizia amministrativa la illegittimità oggettiva di un atto amministrativo è rilevata e fatta valere dal singolo che si sente leso da quell'atto nel suo interesse individuale, — così col ricorso alla Corte costituzionale, l'interesse individuale è messo a profitto per rilevare e far valere la illegittimità oggettiva di una legge. In ambedue i casi l'interesse individuale si trova ad essere inconsapevole strumento dell'interesse pubblico: l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo o della legge incostituzionale è condizionato all'esistenza di un interesse individuale, che dà all'interessato la qualità di legittimato a proporre la impugnazione e lo mette così, senza che egli se ne renda conto, al servizio dell'interesse pubblico, in difesa del quale in ambedue i casi avviene l'annullamento dell'atto illegittimo. Si potrebbe dunque pensare che in ambedue le ipotesi ci si trovi di fronte a una *giurisdizione di diritto oggettivo* (1), per la quale l'interesse individuale è soltanto titolo di legittimazione ad agire. E si potrebbe anche, spingendo più a fondo il paragone, trovare in certi casi ragioni di più stretta somiglianza perfino nella estensione *erga omnes* degli effetti dell'annullamento; quando il singolo interessato impugna per illegittimità (illegalità: cfr. n. 4) un regolamento amministrativo, l'accoglimento della impugnazione individuale fa sì che il regolamento annullato venga a perdere *erga omnes* la sua efficacia normativa; il che par che somigli a puntino all'effetto che si produce sulla legge quando la Corte costituzionale ne dichiara la illegittimità.

E tuttavia mi sembra che questa somiglianza di posizioni sia meramente esteriore. Nel procedimento dinanzi alla Corte costituzionale si hanno infatti alcuni caratteri di sostanziale differenza, che vietano di comprendere, sotto la stessa categoria della *giurisdizione di diritto oggettivo*, la giustizia amministrativa e la « giustizia costituzionale ».

Il ricorso alla giustizia amministrativa è costruito sempre come un ricorso di parte, perchè il ricorrente ha sempre un interesse effettivo all'accoglimento della impugnazione, in quanto l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo (anche se in certi casi può avere effetto *erga omnes*) giova, prima che a tutti a lui; mentre l'annullamento della legge illegittima, pronunciato dalla Corte costituzionale, ha effetto soltanto per l'avvenire, e quindi giova *a tutti meno che a lui* (cfr. n. 23), sicchè nel giudizio che si svolge dinanzi alla Corte costituzionale non si può attribuire all'interesse del singolo, che ha sollevato la questione, la stessa essenziale importanza che l'interesse del ricorrente ha di fronte agli organi della giustizia amministrativa.

---

(1) Cfr. PETRUCCI, scritto cit., pag. 455.

D'altra parte è già stabilito *per tabulas* che in certi casi il sindacato di legittimità della Corte costituzionale può mettersi in moto *indipendentemente dall'interesse delle parti;* ciò avviene quando la questione di illegittimità è rilevata « d'ufficio » dal giudice (o dal pubblico ministero, se gli si riconosce un potere generale di rilevarla). Durante i lavori preparatorî dinanzi all'Assemblea Costituente, di fronte a chi paventava che la Corte costituzionale si arrogasse il potere di rivedere di propria iniziativa tutte le leggi, l'on. PERASSI propose, per accentuare il carattere giurisdizionale del giudizio di legittimità, questa formula: « La Corte costituzionale giudica *sulle controversie* rela« tive alla legittimità costituzionale »; e il relatore on. TOSATO accettò la proposta (che poi passò nell'art. 134 della Cost.), con questa osservazione: « Si tratta di un giudice, quindi vale per il giudice costitu« zionale quello che vale per tutti gli altri giudici: non è il giudice « che va alla ricerca della controversia, ma la controversia che viene « portata al giudice » (1).

Senonchè c'è da domandarsi quale sia la « controversia », quando la questione di illegittimità costituzionale è rilevata d'ufficio dal giudice. Quando il giudice, senza che le parti glielo abbiano richiesto, rileva tale questione e sospende il giudizio per attendere il responso della Corte costituzionale può accadere che tutt'e due le parti siano d'accordo nel ritenere fondata tale questione (o tutt'e due nel ritenerla infondata), e che per questo, a risparmio di spese, si rassegnino ad aspettare, disinteressandosi del procedimento che si svolgerà in proposito dinanzi alla Corte. Ora, in un caso come questo, tra quali parti verte dinanzi alla Corte la « controversia »? Tra le parti della causa rimasta in sospeso, no, perchè sono concordi ed assenti; nè si può considerare come parte, per le ragioni già viste (n. 18), il giudice che ha sollevato la questione. La verità è che in questo caso la Corte procede non a risolvere una « controversia » *inter partes,* ma a esercitare d'ufficio, su denuncia del giudice, una funzione di revisione legislativa che non ha niente a che vedere colla giurisdizione. E se questo è vero quando la questione è rilevata dal giudice, perchè non dovrebb'essere vero quando, pur essendo sollevata da una delle parti, il giudice l'ha fatta sua, escludendo che sia *prima facie* manifestamente infondata e trasmettendola alla Corte come degna di essere esaminata? In realtà, anche quando la questione è sollevata da una delle parti, la responsabilità di trasmetterla alla Corte costituzionale affinchè si pronunci su di essa, è sempre del giudice: una volta che il giudice, con questo suo giudizio di ammissione, ne ha investito la Corte, questa è tenuta a decidere su di essa, perchè non è concepibile

(1) Ass. cost., *Disc.*, pag. 2636.

che essa Corte possa chiudere gli occhi su una illegittimità costituzionale ad essa ufficialmente denunciata da un organo giudiziario; nè sull'attività della Corte è possibile che abbia rilevanza, dopo che il giudice ha emesso la sua ordinanza, l'ulteriore atteggiamento delle parti in causa, le quali (come meglio si dirà più avanti, n. 23) par che possano anche disinteressarsi della pronuncia della Corte, dato che questa potrà avere efficacia *erga omnes* per l'avvenire, ma sul rapporto tra esse controverso non potrà avere alcun effetto retroattivo!

La verità è che il ricorso alla Corte costituzionale per ottenere la dichiarazione di illegittimità di una legge, non mira ad ottenere un atto giurisdizionale, ma mira ad ottenere un atto sostanzialmente legislativo; cioè un atto che, anche se si chiama decisione o sentenza, avrà gli stessi effetti di un atto legislativo: non un atto che dica come debba essere applicata al caso concreto la legge rimasta in sè, come norma generale, immutata, ma un atto che modifichi la legge in generale, per tutti i possibili casi ai quali sarà applicata nell'avvenire. Siamo dunque di fronte a un istituto molto simile, nella sua finalità e nella sua struttura, al *référé legislatif* dei primi anni della Rivoluzione francese, quando era inibito ai giudici di interpretare le leggi, ed era fatto obbligo ad essi, ove si trovassero a dover applicare una legge che sembrasse oscura, di sospendere il processo e di rivolgersi agli organi legislativi, per ottenere una spiegazione ufficiale con valore generale di interpretazione autentica (1).

D'ora innanzi, anche nell'ordinamento italiano, quando sorgerà in un processo il dubbio che una legge sia incostituzionale, il giudice dovrà fermarsi e riferire il suo dubbio, non potendo rivolgersi all'organo costituente, alla Corte costituzionale, che è la custode e l'interprete della Costituzione: e la Corte costituzionale chiarirà ufficialmente il suo dubbio, come avverrebbe con una dichiarazione emanante dallo stesso organo costituente. Non si tratta dunque di un'impugnazione, ma di un *référé*: non c'è una pretesa di parte contro l'altra parte, c'è soltanto un dubbio del giudice, il quale, prima di decidere la controversia *inter partes*, chiede alla Corte costituzionale un provvedimento di portata generale, che, se dichiarerà che la legge impugnata è legittima, avrà la stessa efficacia di una interpretazione autentica (e per questo, e non perchè si possano vedere qui effetti di giudicato, la questione non potrà essere riproposta in altri processi) (2) e se viceversa ne dichiarerà la illegittimità avrà la stessa efficacia di una legge abrogativa, emanante dagli stessi organi legislativi.

---

(1) Sui caratteri del *référé* (*facultatif* ovvero *obligatoire*), cfr. la mia *Cassazione*, vol. I, nn. 151 e 166.

(2) In senso contrario La Torre, scritto cit., nota 2 a pag. 455.

Devo anche avvertire, per scrupolo di sincerità, che queste considerazioni hanno valore decisivo soprattutto se la illegittimità costituzionale in senso materiale si concepisce come un *conflitto di norme*: se, viceversa, come tra poco si dirà, si volesse vedere anche in questo caso un *conflitto di poteri*, allora si potrebbe forse sostenere che nella pronuncia della Corte costituzionale si ravvisi un certo carattere giurisdizionale, in quanto essa, nel conflitto tra il potere costituente e il potere legislativo ordinario, si sostituisce al primo (e si avrebbe in ciò quella « sostituzione » in senso chiovendiano che è tipica della giurisdizione) per annullare un atto che il secondo ha compiuto fuori dei limiti del potere suo proprio.

20. — Il sindacato di legittimità costituzionale esercitato dalla Corte ha carattere *dichiarativo* o carattere *costitutivo*? La domanda può tradursi in quest'altra: le leggi viziate da illegittimità costituzionale sono *nulle* o *annullabili*?

La risposta si trova (o par che si trovi) nell'art. 136 della Costituzione, secondo il quale « quando la Corte dichiara l'illegittimità costi- « tuzionale di una norma di legge o di un atto avente forza di legge, « *la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubbli-* « *cazione della decisione* ». Ho detto « par che si trovi »: perchè in realtà le difficoltà che si incontrano quando si cerca di cogliere la esatta portata di questo articolo, non sono poche.

Intanto una prima difficoltà testuale si incontra quando si cerca di conciliare il carattere *dichiarativo* della decisione, risultante dalla parola « dichiara », colla disposizione secondo la quale la norma dichiarata illegittima cessa di aver vigore *ex nunc*, il che dà alla decisione una efficacia *costitutiva*. Se la decisione della Corte costituzionale avesse veramente valore dichiarativo, essa dovrebbe semplicemente accertare la invalidità *originaria* della legge illegittima, e l'effetto di questo accertamento sarebbe necessariamente retroattivo (*ex tunc*): viceversa la legge illegittima è annullata *ex nunc*, con una pronuncia che ha la stessa efficacia costitutiva e innovativa che avrebbe una legge nuova che la modificasse o la abrogasse da oggi in avanti. La legge costituzionalmente illegittima non è dunque, secondo l'art. 136 della Cost., una legge inesistente o assolutamente nulla fin da principio; è una legge esistente e valida fino al momento in cui non intervenga la decisione della Corte costituzionale ad annullarla. Il sindacato di legittimità costituzionale è costruito dunque, nel nostro ordinamento, come sindacato di *annullamento*, non come sindacato di *nullità*. In realtà la Costituzione non parla di annullamento, ma di « cessazione di efficacia », adoprando una parola che nella tecnica giuridica ha un suo proprio significato: e vi è infatti già qualche com-

mentatore il quale sostiene che, dopo la dichiarazione di illegittimità, la legge non è annullata, ma continua ad esistere, sia pure priva di efficacia (1). Non credo che questa differenza di terminologia sia stata avvertita nei lavori preparatorî della Costituzione; ed anche nelle discussioni dinanzi al Senato gli effetti della dichiarazione di illegittimità sono stati sempre considerati come di *annullamento ex nunc* (equivalente ad abrogazione) della legge dichiarata illegittima (2). Tutto questo del resto non ha grande interesse per quello che sto per dire.

E qui si potrebbe cominciar dal domandare perchè questo annullamento della legge illegittima si produca non nello stesso momento in cui è pubblicata la decisione che lo pronunzia, ma solamente il giorno successivo. Non pare che questo così breve intervallo di ventiquattr'ore possa aver la funzione di una *vacatio,* mirante a dare agli interessati la possibilità di prender conoscenza effettiva della avvenuta invalidazione della legge; si potrebbe supporre piuttosto che si sia voluto questo distacco (che non esisteva nel progetto di Costituzione, nel quale l'art. 128 stabiliva che « se la Corte... dichiara la incostituzionalità della norma... questa cessa di avere efficacia ») tra il momento in cui si pubblica la decisione di annullamento e il momento in cui l'annullamento diventa operativo, per fare intendere che l'annullamento della legge illegittima non deriva direttamente dalla volontà della Corte costituzionale, ma è un effetto disposto direttamente *dalla Costituzione,* la quale, prendendo atto della dichiarazione pronunciata dalla Corte costituzionale, interviene dopo ventiquattr'ore a toglier vigore alla legge dichiarata illegittima dalla Corte. Si mirerebbe con questo a salvare la autorità del Parlamento, e ad evitare che si dica che ci sarà d'ora innanzi in Italia una Corte composta di quindici giudici che avrà il potere di annullare in una sola udienza leggi discusse e deliberate in centinaia di sedute dalle due Camere legislative composte di centinaia di deputati e senatori?

Se questo fosse stato lo scopo della disposizione non par sicuro ch'essa basti a raggiungerlo. Sotto l'aspetto strettamente giuridico si potrà anche sostenere che l'annullamento della legge illegittima non derivi direttamente dalla dichiarazione, la quale sia da considerarsi qui come un fatto giuridico al quale la Costituzione ricollega, ventiquattr'ore dopo la pubblicazione, l'effetto dell'annullamento (oppure si potrà dire anche che in ogni legge è implicita, secondo la Costitu-

---

(1) Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale,* (Milano, 1949), pag. 239; Petrucci, scritto cit., pag. 456.

(2) Cfr. il disc. dell'on. Bosco al Senato, *Disc.,* pag. 5865; La Torre, scritto cit., pag. 455.

zione, la condizione (1) che essa valga fino al giorno successivo a quello in cui la Corte costituzionale l'abbia dichiarata illegittima). Ma è certo che, nonostante queste ingegnose giustificazioni dei giuristi, sotto l'aspetto politico la Corte costituzionale apparirà d'ora in avanti nella opinione pubblica come una specie di superparlamento sovrapposto alle Camere legislative, le cui decisioni saranno considerate non come pareri giuridici meramente dichiarativi, ma come espressione di una autorità superlegislativa, capace di sovrapporsi a quella degli stessi organi parlamentari.

Ma le difficoltà esegetiche che presenta l'art. 136 non si fermano qui: e sono assai più profonde. Intanto è sicuro, per disposizione testuale della Costituzione, che l'annullamento (o dichiarazione di inefficacia) della legge illegittima *non ha effetto retroattivo* (2); dinanzi al Senato, come meglio si dirà in seguito, si sono svolte ampie discussioni sulla opportunità di proclamare espressamente, in un'apposita disposizione, questa irretroattività, ma alla fine si è ritenuto ch'essa resulti senza possibilità di dubbi dal testo della Costituzione (3). E allora si tratta di sapere se la disposizione secondo la quale la dichiarazione di illegittimità costituzionale opera *ex nunc*, (la quale dovrebbe significare, *a contrario*, che la legge illegittima, nel momento in cui è invalidata per l'avvenire, *rimane convalidata per il passato*) valga per ogni tipo di illegittimità costituzionale: cioè non soltanto per le leggi dichiarate illegittime perchè il loro contenuto contraddice a qualche norma costituzionale di carattere sostanziale, ma anche per quelle annullate per difetti di natura procedurale e formale.

Abbiamo visto come sotto l'ordinamento precedente (n. 3) si avevano numerosi casi in cui si ammetteva che il giudice ordinario riconoscesse in via incidentale la nullità *ex tunc* di leggi, o di provvedimenti aventi forza di legge, che gli apparissero mancanti dei requisiti formali indispensabili per la loro validità. In tutti questi casi le leggi viziate erano considerate come assolutamente nulle fino dall'inizio. Ora si può domandare se questi casi, che sotto l'ordinamento precedente erano considerati come casi di *nullità*, siano stati convertiti nell'ordinamento presente, in casi di *annullabilità*: in modo che gli stessi difetti che un tempo impedivano alla legge di cominciare ad esistere validamente da principio, debbano oggi necessariamente esser considerati come cause di invalidità *ex nunc*, che cominciano ad operare soltanto il giorno successivo a quello in cui la Corte li ha dichiarati.

---

(1) Cfr. Esposito, op. cit., pag. 78 e segg.

(2) Cfr. Kelsen, *La garantie jurid.*, cit., pagg. 218-219.

(3) Cfr. specialmente le discussioni avvenute nelle sedute del 23 febbraio e 10 marzo 1949.

La risposta, se si guarda all'art. 136, non può essere che affermativa: la sua formula, presa alla lettera, comprende tutti i casi di illegittimità costituzionale, qualunque ne sia la causa, sostanziale o formale.

Per sfuggire a questa conclusione non ci sarebbero che due strade. Una sarebbe quella di sostenere che l'articolo 136 (e in generale tutta la funzione sindacatrice attribuita alla Corte costituzionale) si riferisca soltanto alle illegittimità costituzionali di carattere sostanziale, non alle violazioni di norme costituzionali aventi carattere organizzativo e formale; ma questa tesi, oltre che testualmente smentita da altre disposizioni costituzionali (si pensi all'art. 2 della l. cost. n. 1, che considera come un caso di illegittimità costituzionale la incompetenza legislativa nei rapporti tra Stato e Regione o tra Regioni, cioè un difetto di carattere tipicamente formale), verrebbe, in contrasto con tutti i lavori preparatorî, ad escludere il controllo della Corte costituzionale proprio là dove esso può essere più necessario e più importante, come ha già notato la dottrina, avvertendo che « non va dimenticato che « l'osservanza delle disposizioni costituzionali si estende anche alle « disposizioni *procedurali* incluse nel testo costituzionale, che saranno « passibili di un controllo da parte della Corte » (1).

L'altra strada sarebbe quella di sostenere che ormai, secondo l'art. 136, anche quei difetti di carattere formale che sotto l'ordinamento precedente davano luogo a inesistenze o a nullità assolute della legge, oggi sono sottoposti soltanto al sindacato della Corte, e che di conseguenza, poichè questo è un sindacato di annullabilità e non di nullità, anch'essi non possono esser fatti valere se non come motivi d'annullamento *ex nunc*. Ma anche questa tesi lascia perplessi: non solo perchè nella stessa Costituzione vi è almeno un caso che sembra in contrasto coll'articolo 136, cioè quello dei decreti-legge, per i quali è espressamente stabilito che, per mancanza di un requisito formale, « perdono efficacia fin dall'inizio » (art. 77 comma terzo); ma perchè anche in altri casi di leggi certamente illegittime per violazione di norme costituzionali di carattere formale (si pensi al decreto legislativo emanato senza delegazione o fuori dei limiti di essa, in contrasto coll'articolo 76 della Cost., o alla legge emanata da una regione in materia di competenza esclusiva dello Stato) sembra assai difficile che un atto il quale fino da principio manca dei requisiti prescritti dalla Costituzione per la sua efficacia, possa, al momento stesso in cui la Corte riconosce tale mancanza *iniziale*, essere retroattivamente convalidato in forza di tale riconoscimento! Per i decreti-legge si potrebbe dire

---

(1) AMORTH, *La Costituzione italiana*, cit., pag. 133; BALLADORE-PALLIERI, op. cit., pag. 235.

che, ove non siano convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione, non c'è bisogno di ricorrere per la loro invalidazione alla Corte costituzionale: cascano da sè, come tentativi che non sono riusciti a perfezionarsi. Ma per gli altri esempi sopra citati, il problema è molto più difficile: se un decreto legislativo ha ecceduto i limiti della delegazione, si dovrà ricorrere, per far dichiarare tale eccesso, alla Corte costituzionale? Direi di sì. Ma in tal caso la dichiarazione della Corte costituzionale potrà avere efficacia *ex nunc*? Direi di no. E lo stesso per la incompetenza legislativa. Sono, come ognun vede, problemi piuttosto complicati, sui quali la dottrina avrà molto da lavorare.

21. — Ma la disposizione dell'art. 136 pone problemi assai ardui, anche se ne restringiamo l'applicazione ai soli casi di illegittimità costituzionale sostanziale: poichè questa norma sembra in contrasto col fondamento stesso del sindacato materiale di *conformità*, attribuito alla Corte.

Si è visto infatti (n. 10, *b*) che il fondamento di questo sindacato si trova nel contrasto di volontà normativa tra una norma costituzionale e una legge ordinaria: si produce così una vera e propria *antinomia* che si deve risolvere col dare la prevalenza, anzichè alla norma posteriore (come si dovrebbe fare se il conflitto fosse tra leggi ordinarie), alla norma *più resistente*, cioè alla norma costituzionale. Tutto il meccanismo del sindacato di costituzionalità sostanziale, quale è stato elaborato dalla giurisprudenza nordamericana, è fondato su questo concetto: il potere che hanno i giudici di non applicare le leggi che siano contrarie alla Costituzione non è un potere eccezionale, che ponga, com'è stato detto, i giudici al di sopra della legge: ma è il potere che normalmente hanno i giudici di trovare qual è la legge applicabile al caso, e di scegliere, quando vi è contrasto tra due norme, quella che deve prevalere: « Tocca ai giudici... interpretare il « valore di ogni legge emanante dal corpo legislativo. Se per caso « dovesse sorgere un dissidio insanabile tra due leggi, dovrebbe essere « naturalmente preferita quella che possiede validità superiore... Non « raramente succede un conflitto di due leggi... La regola prevalsa nei « tribunali per determinare le relative validità è che l'ultima in ordine « di tempo sarà preferita... Essi ritennero ragionevole che fra atti con- « traddittorî del medesimo potere, dovesse essere preferito quello che « era l'ultima espressione della sua volontà. Ma per quel che riguarda « atti contrastanti di un'autorità superiore e di una inferiore, di un « potere originario e di uno derivato, la natura e la ragione insegnano « essere giusto seguire la regola contraria... ogni qualvolta una legge « determinata contravviene alla Costituzione, sarà dovere dei tribunali

« di applicare quest'ultima e di non tener conto della prima ». Secondo questo che è un testo classico della dottrina costituzionale americana (1), il meccanismo del sindacato di costituzionalità è posto interamente sul piano della interpretazione e applicazione giudiziaria delle leggi: è un modo per risolvere in via giudiziaria un conflitto tra due norme che non possono coesistere sullo stesso piano, e tra le quali bisogna necessariamente dar la prevalenza ad una e considerare l'altra come non scritta. Ma questo meccanismo così semplice porta necessariamente a considerare una delle due norme come inefficace *fino da principio*, cioè fino da quando si è manifestato il conflitto tra essa e la norma prevalente. Se la incompatibilità si verifica tra leggi ordinarie in cui la prevalenza dev'esser data alla legge posteriore, la legge anteriore cessa di aver vigore per implicita abrogazione, nel momento stesso in cui entra in vigore la norma posteriore incompatibile con essa; ma se il conflitto si verifica tra una norma costituzionale e una norma ordinaria, questa, anche se emanata dopo, *non può mai entrare in vigore in contrasto colla norma costituzionale preesistente*. Questa è la situazione che si produce tutte le volte che si rileva una *incompatibilità* tra due norme ambedue applicabili sullo stesso piano di rapporti: non possono aver vigore contemporaneamente due leggi che si contraddicono e che a vicenda si neutralizzano; la esistenza oggettiva di questa incompatibilità basta essa sola, fin da quando si verifica, a toglier vigore (o ad impedir che mai acquisti vigore) alla legge meno resistente.

Ma se si parte da questa teoria, che sta alla base della prassi nordamericana, come si fa a giustificare razionalmente la disposizione dell'art. 136 della nostra Costituzione? Secondo questo articolo, la legge ordinaria che sia riconosciuta in contrasto con una norma sostanziale della Costituzione (si pensi, per esempio ad una legge che neghi la libertà di stampa, in contrasto con quella norma della Costituzione che la garantisce), si considera come rimasta in vigore fino al giorno successivo a quello in cui la Corte costituzionale ha riconosciuto l'esistenza di tale contrasto. Ma la incompatibilità tra le due norme esisteva prima ancora che essa fosse dichiarata e la invalidità della norma ordinaria incompatibile colla norma costituzionale non è un effetto nuovo che nasca soltanto oggi dalla dichiarazione della Corte, ma era già una situazione oggettiva preesistente, derivante da una ragione di impossibilità logica per cui non è ammissibile che due leggi contra-

---

(1) HAMILTON, *Federalist*, n. 78, ed. LODGE, pag. 484-487, riportato da EINAUDI M. in *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi*, cit., pag. 60.

stanti siano contemporaneamente in vigore *sullo stesso piano* e contemporaneamente applicabili allo *stesso ordine di rapporti.*

Se si parte dalle premesse da cui muove la dottrina americana, la disposizione del nostro articolo 136 appare inesplicabile. Bisognerà dunque partire da una concezione diversa (quella che sta a fondamento del sistema austriaco Kelseniano) e rivedere il fondamento stesso del sindacato materiale di legittimità? Si dovrebbe, in tal caso, ritenere che quando il contenuto di una legge ordinaria è in contrasto con qualche disposizione sostanziale della Costituzione, il contrasto sia concepito dall'art. 136 non come una *incompatibilità oggettiva di norme,* ma come un *contrasto soggettivo di poteri* o *di organi,* che non vizia direttamente l'atto legislativo. Le norme costituzionali, che per garantire i diritti dei cittadini pongono limiti e direttive di contenuto sostanziale, alle quali il legislatore ordinario è tenuto ad uniformarsi nello svolgimento della sua attività normativa, sarebbero considerate dall'articolo 136 non come norme che direttamente discendano a regolare i rapporti riservati alla legislazione ordinaria, ma come istruzioni vincolanti rivolte agli organi legislativi, i quali, se emanano leggi in contrasto con tali istruzioni, violano soggettivamente un loro dovere, senza che però le leggi emanate in contrasto con esso si possano considerare oggettivamente viziate nel loro contenuto (1). Affinchè si verifichi quella incompatibilità oggettiva tra due norme, che porta necessariamente, nel momento dell'applicazione, a dover scegliere quale di essa è valida fin dall'inizio e quale viceversa è fin dall'inizio inefficace, occorre che queste due norme siano tutte e due applicabili *sullo stesso piano*: occorre che tutt'e due siano dettate per regolare direttamente *lo stesso ordine di rapporti.* Qui invece, secondo l'art. 136, la legge costituzionale, anche se ha contenuto sostanziale, non si indirizza mai ai cittadini, ma si indirizza sempre e soltanto agli organi legislativi, dai quali soltanto possono emanare le leggi ordinarie che si indirizzano ai cittadini e che regolano i loro rapporti. Così tra le leggi ordinarie e le leggi costituzionali non vi è mai quella possibilità di una diretta collisione sullo stesso piano, che, se ci fosse, porterebbe necessariamente a far ritenere la legge ordinaria, per incompatibilità con una norma costituzionale, come inefficace fino da principio. Le norme costituzionali, secondo questa concezione, vivono nell'empireo sul quale sono edificate le architetture dei supremi organi dello Stato e dove hanno valore giuridico soltanto i poteri e i doveri di questi organi: non scendono mai sul piano inferiore dei rapporti individuali,

(1) Cfr. in proposito ESPOSITO, op. cit., cap. IV, e specialmente il § 6, pag. 310 e segg.; e scritto in *Giur. it.*, 1948, III; cfr. anche MORTATI, *Questioni sul controllo di costituzionalità sostanziale della legge,* in *Foro amm.*, 1948.

su cui operano le leggi ordinarie; pongono doveri per gli organi legislativi su questo piano superiore, ma non arrivano a regolare direttamente i rapporti dei cittadini. Leggi costituzionali e leggi ordinarie si troverebbero così, secondo l'art. 136, in una situazione reciproca simile a quella in cui si trovano tra loro le norme internazionali e le norme interne: non possono incontrarsi, e quindi non possono neanche essere incompatibili.

Non dico che questa costruzione mi soddisfi: dico che essa è la sola (se non m'inganno) che permetta di giustificare razionalmente la disposizione dell'art. 136. Secondo essa dunque il contrasto tra la legge ordinaria e la norma costituzionale sostanziale non si può mai considerare come una semplice antinomia (violazione di legge: cfr. n. 10 *b*), ma è sempre un caso di *eccesso di potere* (1): anche la norma costituzionale che traccia al legislatore ordinario le direttive sostanziali che esso dovrà seguire nell'emanar le sue leggi, è una norma che attiene alla formazione della legge ordinaria e che in un certo senso si può considerare come procedurale (2).

Ma se si accetta questa costruzione, non si può non accorgersi che essa può avere un peso decisivo nel dibattito che si è acceso nella nostra dottrina e giurisprudenza da un anno a questa parte, per stabilire se esistano nella nostra Costituzione disposizioni direttamente applicabili ai rapporti individuali, colla stessa efficacia delle leggi ordinarie, e quindi tali che si debbano considerare come già entrate immediatamente in vigore, *senza bisogno di esser tradotte in leggi ordinarie*. E' noto che secondo la giurisprudenza appoggiata da un'autorevole dottrina (3) nella nuova Costituzione si avrebbero numerose norme precettive di applicazione diretta ed immediata, in forza delle quali si dovrebbero considerare come già abrogate le leggi ordinarie anteriori incompatibili con esse: la Costituzione eserciterebbe così una

---

(1) In questo senso autorevolmente si espresse l'on. RUINI (*Ass. Cost.* pag. 2637), quando osservò che la Corte costituzionale deve « poter valutare la finalità della legge per riconoscere se è costituzionale o no; e se vi è stato qualcosa come *un eccesso di potere nei riguardi della costituzionalità* »; anche AZZARITI, *Considerazioni* cit., pag. 53, insegna che « la incostituzionalità della legge sembra riflettere non tanto il contenuto concreto di essa, quanto il suo processo formativo, vale a dire l'attività del legislatore, al quale si addebita una specie di eccesso di potere, sotto il profilo che gli organi legislativi non avevano il potere di emanare quella legge o quanto meno non avevano il potere di emanarla senza l'osservanza di determinate forme ». Cfr. anche MORTATI, *Questioni sul controllo*, cit., n. II, 8; ed AMORTH, in *Foro padano*, 1948, IV.

(2) KELSEN, *La garantie jurid.*, cit., 206.

(3) Cfr. AZZARITI, *La nuova Costituzione e le leggi anteriori*, in *Foro it.*, 1948, IV, pag. 82 e segg.

diretta ed immediata efficacia abrogativa non soltanto sul piano delle leggi costituzionali (come espressamente ammette il n. XVI delle disp. trans.), ma altresì sul piano della legislazione ordinaria.

Ma questa opinione sembra in contrasto coll'art. 136. Se infatti secondo quest'articolo le leggi ordinarie contrarie alla Costituzione non sono nulle, ma soltanto *annullabili*, questo vuol dire che le norme della Costituzione non possono mai avere sulle norme ordinarie una efficacia abrogativa diretta (possono averla soltanto sulle norme costituzionali anteriori, per le quali anche la Costituzione, disp. trans. XVI, prevede la possibilità di una abrogazione implicita) che operi *ipso iure* indipendentemente dalla pronuncia della Corte costituzionale.

Nè si potrebbe replicare che l'art. 136 è scritto per le leggi *nuove* cioè per le leggi ordinarie che saranno emanate dopo la entrata in vigore della Costituzione, non per quelle che erano in vigore prima: l'art. 134, ammettendo il sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi, non distingue tra leggi precedenti e leggi successive alla Costituzione: ed autorevolmente è stato espresso al Senato l'avviso che a tale sindacato siano soggette *nello stesso modo* tanto le leggi emanate dopo, quanto le leggi emanate prima (1). Dunque se anche le leggi ordinarie, emanate prima della Costituzione ma con essa ora contrastanti, sono soggette al sindacato di legittimità costituzionale della Corte, in forza del quale possono perdere efficacia solo dal giorno successivo a quello della pronuncia della Corte, questo dimostra, se non mi inganno, che fino a quel giorno le leggi ordinarie contrastanti colla Costituzione sono rimaste in vigore, e che fino a quel giorno la Costituzione non ha avuto su di esse diretta ed immediata efficacia abrogativa. Il che porterebbe a concludere, contrariamente a quello che in questo primo anno ha ritenuto l'opinione prevalente, che nella Costituzione non vi siano disposizioni direttamente applicabili sullo stesso piano delle leggi ordinarie.

---

(1) Persico, op. cit., pag. 157: « ... qualunque legge che venga emanata in qualunque termine, può essere sottoposta al giudizio di costituzionalità, anche se è stata emanata, per esempio, in base alla famosa legge n. 100 del 1926. *Quando sorge la questione di legittimità costituzionale, essa sarà sempre esaminata dalla Corte costituzionale* ». Importantissimo, su questo punto, è ciò che scrive il Kelsen, *La garantie jurid.*, cit., pag. 236, il quale, esaminando lo stesso problema osserva che, istituito il Tribunale costituzionale, i giudici ordinari perdono il potere di giudicare la compatibilità colla Costituzione delle leggi precedenti non espressamente abrogate, « ciò che porterebbe a negare alla nuova Costituzione forza abrogativa di fronte alle leggi precedenti ch'essa non ha espressamente annullato ed a sostituirla col potere d'annullamento del Tribunale costituzionale ».

CAPITOLO IV.

EFFETTI DEL GIUDIZIO DI LEGITTIMITA' SUL PROCESSO CIVILE

22. Se il giudice ordinario rimanga competente a dichiarare la nullità delle leggi mancanti dei requisiti formali. — 23. La sospensione del processo: quando sia necessaria e quanto duri. — 24. A norma di quale legge debba esser decisa la causa in cui è stata proposta la pregiudiziale di costituzionalità.

22. — Il carattere di *annullamento, non di nullità,* che ha, come s'è visto finora, il sindacato di legittimità costituzionale secondo l'articolo 136, si ripercuote in due diversi momenti sul processo nel quale la questione pregiudiziale è sollevata.

Se, come si è cercato di dimostrare, il significato della formula « illegittimità costituzionale » è così vasto da comprendere tutti i possibili vizi, formali e sostanziali, della legge ordinaria; se, di fronte alla pregiudiziale di illegittimità costituzionale il giudice ordinario deve in ogni caso (se non la vuol respingere per manifesta infondatezza) fermarsi in attesa del responso della Corte costituzionale, — ne viene di conseguenza che il giudice non può più, come poteva sotto l'ordinamento precedente, rifiutarsi di applicare una legge per la mancanza di alcuno dei suoi requisiti formali di validità; perchè oggi tale mancanza *può essere accertata soltanto dalla Corte costituzionale.*

Si deve quindi ritenere che da quando sarà entrata in vigore la Corte costituzionale, il giudice non potrà più esercitare neanche quel limitato sindacato formale di costituzionalità, che gli era riconosciuto un tempo (1).

Tuttavia, anche dopo l'entrata in vigore della nuova Costituzione vi è chi continua ad insegnare che, indipendentemente dal sindacato

(1) Cfr. il passo del KELSEN citato nella nota precedente; cfr. BALLADORE-PALLIERI, *Diritto costituzionale,* pag. 235: « La Corte acquista quindi anche la competenza che per l'innanzi si riconosceva nei confronti della legge alla magistratura ordinaria ».

di legittimità demandato alla Corte, il giudice, prima di applicare una legge, conservi il potere di accertare (col rispetto dovuto alla autonomia dei Corpi legislativi) se sono state osservate nella sua formazione, promulgazione e pubblicazione, quelle condizioni senza le quali non si può dire che esista una legge obbligatoria (1): conserverebbe, ad esempio, il potere di non applicarla quando accerti che mancò il consenso delle due Camere sul medesimo testo.

Questo insegnamento, per quanto autorevole, mi lascia perplesso. Non credo che si possa sostenere che il sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi sia repartito in due zone nettamente separate, tra i giudici ordinari e la Corte costituzionale, nel senso di lasciar riservato ai primi in maniera esclusiva il sindacato in via incidentale su quei vizi formali che logicamente dovrebbero produrre la inesistenza o nullità della legge, ed alla seconda il sindacato in via principale su quei vizi materiali che ne producono soltanto la annullabilità. Nessun argomento, nè testuale nè razionale permette di ritenere (già si è visto) che il sindacato demandato alla Corte non comprenda i vizi di carattere formale: ciò porterebbe ad assurde conseguenze, come sarebbe quella, per dirne solo una, di sottrarre al sindacato della Corte costituzionale la osservanza di quelle norme formali (art. 76 ed art. 77) che la Costituzione ha dettato per limitare e disciplinare l'esercizio da parte del Governo della funzione legislativa in forma di decreto. D'altra parte, se il sindacato su questi vizi di carattere formale si ritenesse demandato al giudice, la sua pronuncia non potrebbe non aver efficacia limitata al caso singolo; mentre rimarrebbe anche per questi casi l'interesse a far dichiarare la invalidità della legge *erga omnes*, il che non potrebbe essere ottenuto che ricorrendo alla Corte costituzionale.

Nè mi par pensabile una soluzione che sugli stessi vizi formali ammetta in concorrenza il sindacato incidentale del giudice e quello principale della Corte costituzionale; tale concorrenza sarebbe senz'altro esclusa dalla incompatibilità delle due pronuncie, perchè quella del giudice, pur avendo efficacia limitata al caso singolo, non potrebbe far altro che accertare la nullità della legge *ex tunc*, mentre quella della Corte pur avendo efficacia generale, non potrebbe far altro che annullare *ex nunc*: lo stesso vizio sarebbe causa di nullità della legge in sede giudiziaria e di annullabilità dinanzi alla Corte; la stessa legge sarebbe nello stesso tempo invalida per il rapporto pendente dinanzi al giudice e valida per tutti gli altri fino a che la Corte non l'avesse invalidata.

---

(1) RANELLETTI, *Istituzioni*, II-III, n. 279, pagg. 147-148.

D'altra parte mi pare che la questione da me posta in questo capitolo trovi già la sua soluzione testuale nella disp. trans. n. VII della Costituzione, la quale (disponendo che « fino a quando non entri « in funzione la Corte costituzionale, la decisione delle controversie « indicate nell'art. 134 ha luogo nelle forme e nei limiti delle norme « preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione »), fa intendere *a contrario*, che quando sarà entrata in vigore la Costituzione, il giudice non potrà più esercitare sulla legittimità costituzionale delle leggi neanche quel limitato controllo di carattere formale che poteva esercitare, come si è visto (n. 3), sotto il cessato ordinamento (1).

Bastino queste osservazioni a far intendere che la delimitazione di competenza tra il giudice ordinario e la Corte costituzionale darà luogo necessariamente, in dottrina e in giurisprudenza, a dibattiti di non facile soluzione.

23. — Già si è visto che quando il giudice, trovandosi di fronte alla pregiudiziale di illegittimità costituzionale, ordina la rimessione della questione alla Corte costituzionale, il processo rimane necessariamente sospeso.

Nel periodo assai breve in cui fu in vigore in Francia il *référé legislatif*, accadde in pratica che per mezzo di questo istituto il funzionamento della giustizia fu arrestato: il Corpo legislativo, al quale affluivano dai tribunali di tutto lo Stato richieste di interpretazione delle leggi dubbie, non aveva tempo per curarsi di queste minuzie: e così i giudizi rimanevano sospesi in attesa della risposta che non veniva. Auguriamoci che qualche cosa di simile non accada per la Corte costituzionale italiana: la quale, essendo formata, secondo la Costituzione, con un numero assai limitato di componenti, c'è da temere che non sia in grado di sbrigare celermente il lavoro che risalirà verso di essa da tutti gli organi giudiziari. Se infatti v'è da temere da una parte che i giudici esercitino con eccessivo rigore la loro facoltà di respingere le pregiudiziali costituzionali per manifesta infondatezza, c'è da temere dall'altra che per scansare fatica siano invece eccessivamente proclivi a rimettersi al parere della Corte costituzionale: e che le sospensioni dei processi, in attesa che questa decida, si moltiplichino e si prolunghino oltre misura.

La sospensione del processo ordinata dal giudice dovrà necessariamente protrarsi fino a che la Corte costituzionale non avrà deciso: potranno passare semestri, forse anni, prima che la causa sia in grado di riprendere il suo corso. Chi riuscirà a ottenere la rimessione alla Corte costituzionale, sarà riuscito in pratica a bloccare *sine die* il cam-

(1) Cfr. AZZARITI, *Considerazioni*, cit., pag. 52.

mino della giustizia. Nè sarà possibile che nell'ordinare tale rimessione il giudice assegni un termine per la decisione, come può fare in casi analoghi (per es. nel caso previsto dall'art. 20, comma terzo C.p.p.); dinanzi alla Corte costituzionale il procedimento si svolgerà per impulso d'ufficio, e non dipenderà dall'iniziativa delle parti accelerarne il corso. Nè d'altra parte potrebbe essere a carico delle parti questo onere, quando la questione di illegittimità costituzionale sia sollevata d'ufficio dal giudice.

Si dovranno dunque applicare, nelle cause civili, se nessuna disposizione sarà dettata nella legge in preparazione, le disposizioni degli articoli 295-297 C. p. c. La sospensione sarà ordinata senza alcuna prefissione di termini, e la ripresa del processo dovrà esser chiesta a iniziativa di parte, entro trenta giorni dalla pubblicazione della decisione della Corte costituzionale. Ma rimangono senza risposta una serie di dubbi: che cosa avverrà se, dopo l'ordinanza di sospensione del processo, le parti resteranno inerti o non compiranno gli atti del procedimento posti a loro carico (per es. il deposito per multa prescritto dall'art. 18 del disegno)? dovrà esser dichiarata, come avverrebbe se si trattasse di ricorso in cassazione, la inammissibilità del ricorso? e per pronunciare la inammissibilità, ci sarà bisogno di una decisione della Corte? e se la Corte si accorgerà che la denunciata illegittimità costituzionale sussiste, dovrà ugualmente, a causa della inattività delle parti, non tener conto dell'interesse pubblico che le consiglierebbe di dichiararla?

Sono tutte domande alle quali c'è da sperare che dia risposta la legge in preparazione, ovvero il regolamento di procedura che per l'art. 19 del disegno la Corte potrà successivamente approvare.

Ma qui si affaccia un'altra questione, che ha carattere di principio: se cioè, quando la questione di legittimità costituzionale è rilevata d'ufficio dal giudice (o dal p. m.), sia sempre necessario che il processo *inter partes* rimanga sospeso, o se non sarebbe viceversa opportuno ammettere che le parti, pur di non andare incontro a una sospensione che potrà durare molti anni, chiedano d'accordo che il processo continui e che la causa sia subito decisa, come se la questione di legittimità non fosse stata sollevata. Ciò non escluderebbe che, in seguito alla denuncia della questione rilevata dal giudice, la Corte costituzionale potesse tuttavia esaminarla e risolverla; ma la sua risoluzione non dovrebbe avere alcuna rilevanza sulla decisione del caso, ormai accettata dalle parti come giudicato. Questo potrebbe avvenire senza inconvenienti quando il giudizio vertesse su diritti di cui le parti potessero disporre: la decisione della Corte costituzionale sarebbe pronunciata in tali casi, (a somiglianza di quello che accade per il ricorso in cassazione nell'interesse della legge: art. 363 C.p.p.) « nell'inte-

resse della Costituzione », senza che le parti di quel processo potessero giovarsene. Ma a tale scopo sarebbe indispensabile che esistesse dinanzi alla Corte costituzionale (come già si è rilevato) un organo inquirente che nella legge in preparazione non è previsto.

Ma qui il problema si può allargare in termini anche più vasti. Anche quando la pregiudiziale di illegittimità costituzionale è sollevata da una delle parti, già si è visto che la legittimazione di chi la solleva è necessariamente connessa coll'interesse, cioè colla rilevanza della dichiarazione di illegittimità nella causa in corso.

La sospensione del processo appare giustificata solo in quanto sia necessario attendere che la Corte Costituzionale pronunci una decisione che sia applicabile in questo processo, cioè una decisione con *effetto retroattivo*. Ma se, come si è visto (n. 20), la decisione della Corte costituzionale deve avere efficacia solo per l'avvenire, a quale scopo si sospenderebbe il corso di una causa alla quale è escluso che essa possa essere retroattivamente applicata?

Di tutte le questioni finora accennate, questa mi sembra la più importante e la più delicata, come ora vedremo.

24. — Si è visto che la decisione della Corte avrà efficacia costitutiva di annullamento *ex nunc*: avverrà per la causa rimasta in sospeso, come se nel giorno successivo a quello in cui la Corte si è pronunciata, fosse entrata in vigore una legge abrogativa di quella dichiarata illegittima. Sorgerà allora, quando la causa riprenderà il suo corso, un problema di diritto transitorio: secondo quale legge essa dovrà esser decisa? Se la pronuncia della Corte costituzionale avesse efficacia meramente dichiarativa della invalidità iniziale ed originaria della legge viziata da illegittimità costituzionale, il giudice, nella ripresa del processo, dovrebbe decider la causa come se la legge dichiarata illegittima non fosse mai esistita: la decisione della Corte costituzionale avrebbe la stessa efficacia, necessariamente retroattiva, di una interpretazione autentica sopravvenuta in corso di causa, e il rapporto giuridico controverso dovrebbe considerarsi regolato *fin dal suo nascere* non dalla legge dichiarata illegittima, ma dalla norma costituzionale colla quale essa era fin da principio in contrasto. Ma questo non può dirsi difronte al testo letteralmente assai chiaro dell'art. 136: il quale significa, come già si è detto, che la legge illegittima, invalidata per l'avvenire, *rimane convalidata per il passato*.

Da questa premessa deriva questa conseguenza: che il giudice della causa rimasta in sospeso, quantunque torni a deciderla quando la legge dichiarata illegittima non è più in vigore, dovrà poi deciderla *a norma di quella legge*, perchè l'annullamento di essa non ha effetto retroattivo e perchè il rapporto giuridico che forma oggetto

del processo è sorto quand'essa era ancora in vigore. Questo dunque può darsi che sia, alla fine, per il litigante che ha sollevato la pregiudiziale di incostituzionalità, il premio della paziente attesa e delle spese sostenute nel solenne giudizio dinanzi alla Corte costituzionale: avrà tanto faticato, solo per sentir dire alla fine che la legge è illegittima e che d'ora in avanti non avrà più valore *per gli altri*, ma che, in quanto a lui, dovrà rassegnarsi a lasciarsela tranquillamente applicare, perchè quando la sua causa è sorta, la legge non era stata ancora annullata... Vero è che si potranno adottare anche per la decisione di queste cause, rimesse in moto dopo l'annullamento *ex nunc* della legge illegittima, i temperamenti che la giurisprudenza e la dottrina suggeriscono per tutelare, prima che si sia formato il giudicato, l'*ius superveniens* (in materia penale saranno invocabili le disposizioni concernenti la sopravvenienza di leggi più favorevoli?) (1). Ma, anche con tali temperamenti, la regola sarà che nella massima parte dei casi, soprattutto in materia contrattuale, la decisione della Corte non potrà essere invocata nella causa rimasta in sospeso.

Un problema analogo già si è presentato ai giuristi austriaci, per il funzionamento del *Verfassungsgerichtshof* istituito dalla Costituzione del 1920-29 (art. 137-148). Anche la decisione di questo supremo Tribunale austriaco, che annulla per incostituzionalità un regolamento o una legge, ha effetto soltanto per l'avvenire (art. 140); ma poichè anche in quell'ordinamento erano legittimati a sollevare la questione di costituzionalità di un regolamento (e poi, dopo la riforma del 1929, anche di una legge) i tribunali ordinari nel corso di un processo, la dottrina osservava che per invogliarli a sollevare la questione era necessario dare all'annullamento che fosse pronunciato dal Tribunale costituzionale un certo effetto retroattivo, sia pur nei limiti del processo in cui la questione era stata sollevata. « Questo effetto retroat-
« tivo dell'annullamento è una necessità tecnica, perchè senza di esso
« le autorità incaricate dell'applicazione del diritto non avrebbero inte-
« resse immediato e quindi sufficiente a provocare l'intervento del
« Tribunale costituzionale. *Se questo intervento si produce esclusiva-*
« mente o anche principalmente su richiesta di queste autorità giudi-
« ziarie o amministrative, bisogna incoraggiarle a presentar queste
« richieste, attribuendo in questo caso all'annullamento un effetto re-

---

(1) Nel *Progetto preliminare del Codice penale*, Lib. I (Roma, 1949) è stato stabilito che le disposizioni concernenti l'applicazione delle leggi penali più favorevoli si applicano « altresì nel caso di legge, anche se occasionale e temporanea, della quale è dichiarata la illegittimità costituzionale, quantunque sia intervenuta sentenza irrevocabile ». Ma questa disposizione come si concilia coll'art. 136 della Costituzione?

« *troattivo limitato* ». Queste sono parole del KELSEN (1): il quale più tardi, commentando nel 1930 le nuove disposizioni colle quali si era estesa la facoltà dei tribunali di sollevare d'ufficio la questione di incostituzionalità non solo dei regolamenti ma anche delle leggi, osservava che l'effetto retroattivo dell'annullamento costituiva una specie di « premio » per il giudice ordinario, che altrimenti non avrebbe avuto alcun interesse a farsi promotore dell'annullamento di una norma giuridica che poi anche quando il Tribunale costituzionale l'avesse annullata per l'avvenire, rimanesse applicabile alla causa nella quale la incostituzionalità era stata rilevata (2). La soluzione alla quale la dottrina era giunta nell'ordinamento austriaco era dunque questa: che l'annullamento della norma incostituzionale aveva valore, *erga omnes*, soltanto per l'avvenire; ma che in via eccezionale aveva efficacia retroattiva per il singolo processo nel quale la questione era stata sollevata. Ma questa soluzione (che, per chi voglia giustificarla teoricamente, diventa una specie di indovinello) trovava la sua giustificazione pratica in un articolo della Costituzione: nella quale, se la irretroattività *erga omnes* dell'annullamento era consacrata nell'art. 140, si trovavano però altre disposizioni (art. 89) dalle quali si desumeva che il giudice ordinario, dopo aver sospeso la causa in attesa della decisione del tribunale costituzionale, doveva uniformarsi, alla ripresa del processo, alla decisione di questo (3).

Ma nella Costituzione italiana le cose vanno diversamente: perchè, mentre c'è in essa l'art. 136 il quale ben chiaramente stabilisce la irretroattività *erga omnes* dell'annullamento, non vi è alcuna norma di carattere costituzionale da cui si possa desumere la retroattività limitata al caso singolo. La questione della irretroattività della dichiarazione di illegittimità costituzionale è stata oggetto di ampie discussioni al Senato, ma è notevole che la massima parte degli oratori è sembrata darsi pensiero sopra tutto di ribadire che la dichiarazione di illegittimità non deve avere effetto retroattivo, senza accorgersi che, mentre questo principio resulta ben chiaro dall'art. 136 della Costituzione, difficile è invece, senza urtare contro la Costituzione, trovare il modo di stabilire che di tale dichiarazione di illegittimità si possa tener conto retroattivamente nel processo rimasto in sospeso. Nella discussione dinanzi al Senato era stato presentato dal

---

(1) *La garantie jurid.* cit., pag. 246.

(2) Cfr. scritto già citato in *Jahrbuch des öff. Recht*, 1930, pag. 153.

(3) Cfr. KELSEN, scritto ultimamente cit., pagg. 152-157 (e tuttavia questo limitato effetto retroattivo, che era ammesso sicuramente per l'annullamento dei regolamenti, era discusso, anche dopo il 1929, per l'annullamento delle leggi).

senatore IANNUZZI un emendamento (1) per chiarir che « la dichiara- « zione di illegittimità costituzionale non ha effetto che per l'avve- « nire, ma può essere invocata nei giudizi in corso alla data dell'ordi- « nanza di cui all'art. 21, quale che sia il loro stato e grado »; ma la proposta non ebbe seguito, e alla fine si seguì la soluzione sbrigativa, ma pericolosa, di rimandar la decisione di questi dubbi alla giurisprudenza della Corte costituzionale (2). Ora a me sembra che sul principio della irretroattività *erga omnes*, non ci sia dubbio possibile: la dichiarazione di illegittimità costituzionale equivale per questi effetti ad una abrogazione, e quindi tutti i problemi di diritto transitorio che essa propone si risolveranno in base agli stessi criterî che valgono per la entrata in vigore di una legge abrogativa. Ma in quanto alla retroattività al caso singolo, la questione mi sembra assai più delicata: il ministro GRASSI, nel suo intervento del 10 marzo 1949 al Senato (3), espresse la opinione che, *senza bisogno di alcuna nuova disposizione*, « evidentemente non sarà possibile al giudice applicare « la legge che è stata dichiarata incostituzionale » e che nel rapporto « sebbene sorto anteriormente, non si applicherà la legge che la Corte « costituzionale ha dichiarato invalida ». Non credo però che questa soluzione sia tanto evidente quanto è sembrata all'on. GRASSI: perchè è vero che la legge che il giudice deve applicare al rapporto controverso è stata dichiarata invalida dalla Corte costituzionale, ma è anche vero che per l'art. 136 della Costituzione questa invalidazione comincia a spiegare i suoi effetti dal giorno successivo a quello in cui è stata dichiarata dalla Corte: e proprio non si vede come si possa, senza violare la Costituzione, ritenere questa eccezionale retroattività al caso singolo che nessuna norma stabilisce! Il ministro, in quel suo discorso, si riferì al parere (autorevolissimo) dell'AZZARITI, il quale, dal fatto che la legge cost. n. 1 prevede che la questione di costituzionalità possa sorgere nel corso di un giudizio, argomenta che « è impos- « sibile intendere la disposizione della Costituzione così come è scritta » e che, nonostante il chiaro testo dell'art. 136, si deve ritenere che « la dichiarazione di incostituzionalità della legge, fatta dalla Corte « costituzionale, non importa soltanto abrogazione della legge per il « futuro, ma rende altresì inapplicabile la legge ai rapporti anteriori. « Si ha quindi un vero e proprio annullamento, *con l'effetto retroattivo*

(1) Seduta del 23 febbraio 1949, *Disc.*, pag. 5600.

(2) Cfr. le discussioni avvenute nella seduta del 10 marzo 1949, *Disc.*, pag. 5849 e segg.

(3) *Disc.*, pag. 5873.

« *che è naturale ad ogni annullamento* » (1). Proprio il contrario, dunque, di quello che è scritto nell'art. 136 della Costituzione? Confesso che questa illazione mi dà un certo senso di vertigine...

In ogni modo, se si seguisse la opinione più aderente al testo della Costituzione, e se non si trovasse il modo di chiarire, con un'apposita norma nella legge ancora in discussione, questo punto assai delicato, è certo che nella massima parte dei casi l'annullamento *ex nunc* della legge illegittima rimarrebbe privo di utilità proprio per quel reclamante al quale risalirebbe il merito di aver sollevato la questione e di essersi assunto l'onere di farla risolvere a proprio favore. Così egli dinanzi alla Corte costituzionale, riuscirà con ingenti spese, a vincere la causa in teoria, ma, tornato dinanzi al giudice, in pratica la perderà: avrà però la soddisfazione di apprendere che la legge illegittima, in forza della quale gli toccherà di rassegnarsi alla ingiusta sconfitta, non potrà più nuocere, d'ora in avanti, a chi si ritroverà, più fortunato, in un caso simile al suo.

Così il processo civile, al quale si rimprovera di essere troppo spesso strumento di esasperato egoismo, diventerebbe per quei litiganti che si sentissero disposti a cimentarsi in questi platonici esperimenti (*sic vos non vobis...*), scuola di sacrificio e di altruismo. Questa osservazione ci permette però di prevedere che, se prevalesse questa giurisprudenza, la Corte costituzionale non avrebbe molto da fare.

---

(1) *Considerazioni* cit., pag. 51; nello stesso senso, MORTATI, *La Corte cost.*, cit., pag. 70.

XIII

LE RESPONSABILITA' MILITARI CHE LA COSTITUZIONE ITALIANA ASSEGNA AL CAPO DELLO STATO, AL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO, AL MINISTRO DELLA DIFESA, IN CONFRONTO CON LA COSTITUZIONE DEGLI U.S.A., DELL'INGHILTERRA E DELLA FRANCIA (*)

Onorevole signor ministro, eccellenze, signori generali, signori ammiragli, signori ufficiali.

Sono molto grato dell'onore che mi è stato fatto invitandomi a parlare qui, dinanzi ad un uditorio di cui probabilmente ciascun componente avrebbe da insegnarmi qualcosa sull'argomento di cui parlo; e specialmente ringrazio l'onorevole signor ministro ed amico Pacciardi dell'amabilità dimostrata nel voler intervenire a questo discorso, ma non vorrei che egli avesse una delusione perchè si tratta di un tema straordinariamente difficile non solo per la incompetenza specifica di chi vi parla, ma anche per la delicatezza dell'argomento, che come sapete è quello dei poteri e della posizione del Presidente della Repubblica come Comandante delle Forze Armate e degli altri organi costituzionali predisposti per la difesa dello Stato. Poteri e posizione: questo tema coinvolge questioni di diritto costituzionale, le quali assai di rado sono facilmente risolvibili in formule giuridiche rigorose, perchè le questioni di diritto costituzionale sono sempre al margine, come su un filo di rasoio, fra il diritto e l'opportunità e la correttezza politica e quindi è un pò difficile per esse stabilire regole fisse e generali in anticipo. Sono questioni che assai spesso lo stesso giurista deve riconoscere che si possono risolvere soltanto caso per caso.

Inoltre qui si tratta di questioni costituzionali forse fra le più importanti, delicate e vitali che possano presentarsi alla indagine del

---

(*) [Discorso tenuto al Centro di Alti Studi Militari; pubblicato a cura di questo Centro, Roma, s.t., 1949-50]. [*Bibliografia*, n. 524].

giurista; poichè coinvolgono guerra e pace, la vita, la difesa della Patria e quindi problemi che non sono problemi di un solo settore politico, problemi politici e giuridici che coinvolgono tutto lo Stato, tutto il popolo.

E c'è anche un'altra considerazione da fare, per dimostrarvi la difficoltà di questo tema: qui si tratta di questioni in cui da una parte c'è il diritto e la politica, ma da quell'altra c'è l'aspetto tecnico, inscindibile da tutto quello che si riferisce alla difesa militare, specialmente in seguito allo sviluppo scientifico e meccanico che hanno avuto le discipline militari in quest'ultimo cinquantennio. E aggiungete anche, come difficoltà, il fatto che chi deve trattare di questi argomenti oggi in Italia non ha davanti a sè una serie di testi legislativi precisi, definitivi, compiuti sui quali il giurista, bene o male, possa dire: questo è il diritto che ci regge, due e due fanno quattro e così spiegare quello che è, e non supporre e ipotizzare quello che potrebbe essere. Sull'argomento che io qui devo trattare per ora di testi giuridici positivi, costituenti una premessa solida e invariabile non c'è che l'articolo 87 della Costituzione, nel suo nono comma. All'infuori di quello un'altro testo può avere qualche attinenza con quello che sto per dire, e cioè il decreto legislativo del 21 aprile 1948 sul Capo di Stato Maggiore della Difesa. Tutto il resto, di cui qui si parla, Consiglio Supremo di Difesa, Consiglio Superiore delle Forze Armate, è ancora argomento fluido di discussione. C'è un disegno di legge sul Consiglio Supremo di Difesa, che è stato discusso ed approvato al Senato, e che ora è davanti alla Camera; un altro disegno di legge presentato al Senato e approvato in questi ultimi giorni, quello sul Consiglio Superiore delle Forze Armate; ma l'uno e l'altro non sono ancora leggi perchè devono ancora essere discussi dalla Camera dei Deputati.

Questo dunque è un materiale di studio piuttosto esiguo e soprattutto poco resistente perchè si tratta ancora di « jus condendum ». Quindi io sarò scusabile, spero, se non riuscirò a tracciare su questo terreno ancora friabile, e sdrucciolevole, ancora in assestamento, un edificio giuridico sicuro, un'architettura solida e definitiva; e non sarò censurabile se, invece che darvi soluzioni, vi prospetterò opinioni, e meglio che risolvere problemi mi limiterò a proporveli. Probabilmente l'unico effetto pratico di questo discorso sarà che invece di arrivare ad una soluzione dei problemi che mi sono stati posti, ci accorgeremo alla fine che i problemi da risolvere sono assai di più di quelli da cui sono partito: questo sarà, e ve ne chiedo scusa in anticipo, il più visibile frutto di questo mio discorso!

Al centro del quale sta la figura del Presidente della Repubblica, del Presidente della Repubblica *come Comandante delle forze Armate.* La definizione della natura e della estensione dei poteri del Presi-

dente della Repubblica come Comandante delle Forze Armate, della sua posizione come investito di quest'ufficio, è il problema centrale del nostro discorso: il quale però ha bisogno di una breve introduzione, nella quale prima di prendere in considerazione il Presidente della Repubblica come Comandante delle Forze Armate, si dia qualche cenno sulla posizione generale del Presidente della Repubblica nella nostra Costituzione.

Il Presidente è il Capo dello Stato, è l'organo supremo ed imparziale unificatore e coordinatore di tutti i poteri. Lo dice l'articolo 87: « Il Presidente della Repubblica è il Capo dello Stato e rappresenta l'unità nazionale ». Egli è dunque il rappresentante ed il simbolo dell'unità della Patria; e per questo la sua posizione corrisponde in un certo senso a quella che era nella monarchia la funzione unificatrice del monarca. Ma non si deve credere che nella repubblica la posizione del Capo dello Stato sia la stessa di quella che era nella monarchia. Anzi devo riconoscere una certa tendenza dei costituzionalisti e in generale di noi giuristi (che di solito siamo gente di retroguardia, abituati a arrivare quando i sommovimenti sono passati, e si tratta soltanto di rimettere un pò in ordine le cose: dotati, quindi, di un certo spirito conservatore e disposti a guardare più volentieri al passato che all'avvenire...), una certa tendenza dei costituzionalisti, dicevo, ogni volta che si tratta di commentare la nostra costituzione repubblicana, a prender le mosse dall'ordinamento monarchico: il che avviene specialmente quando, per chiarire la posizione del Presidente, si cercano ragioni di analogia in quella che era la posizione del monarca nello Statuto albertino.

In realtà la Repubblica è stata fondata non per tradurre in parole diverse lo stesso meccanismo costituzionale della monarchia, ma per creare una diversa sostanza. Il Presidente, come Capo dello Stato, non ha certi poteri, certe prerogative che aveva il re; ma ne ha altre che il re non aveva. Il Presidente della Repubblica è, in un certo senso, più vicino alla vita della Nazione, è più direttamente partecipe, più immediatamente sollecito del bene del popolo e della difesa dell'interesse pubblico. Non è senza significato che nella Costituzione non esiste più un articolo simile o paragonabile a quello dello Statuto nel quale era detto che la persona del re era sacra ed inviolabile (art. 4). Questo principio della inviolabilità del sovrano è illustrato molto bene da queste parole dell'Amorth: « Questo serviva un tempo a mantenere alla persona del sovrano quell'aureola prestigiosa necessaria al principio monarchico ed in fondo ancora emanante dall'antico diritto divino dei re, a farne un individuo di umanità diversa da quella dei comuni mortali, che insomma non può fare male, onde se un male discende dai suoi provvedimenti, non a lui ma ai suoi cattivi

consiglieri risale la responsabilità ». Il Presidente della Repubblica, invece, non è circondato da questa finzione di inviolabilità quasi sovrannaturale: non è nè un dio nè un semidio; è un uomo, un uomo esperto, un uomo saggio, ed oggi, in Italia, anche un uomo insigne. Questo, vedete, è il vantaggio della elezione; uno dei vantaggi della Repubblica. Colla elezione il Parlamento può scegliere come Capo dello Stato il migliore tra i migliori; nel sistema della elezione presidenziale non c'è da fare i conti coi rischi della nascita, colle alee della eredità che nella monarchia rappresentano sempre l'incognita della successione: nelle monarchie, anche se si comincia bene col capo stipite, il pericolo è nel seguito, di generazione in generazione. « Rare volte addivien che per li rami... » con quel che segue. No, il Presidente, vi ripeto, può essere scelto, in ogni elezione, colle qualità tipiche dell'ottimo cittadino, saggio ed esperto: e c'è quindi da sperare che la sua saggezza e la sua esperienza sia sempre adoperata, nei limiti della Costituzione, a vantaggio della Patria. Ma, se egli non è inviolabile, com'era il re, egli è però, per l'articolo 90 della Costituzione « non responsabile », cioè non soggetto a quella responsabilità *politica,* che è propria del Governo, tenuto a rendere conto dei suoi atti al Parlamento e obbligato a dimettersi se questo vota una mozione di sfiducia. Una siffatta responsabilità politica non grava sul Presidente, i cui atti giuridici, gli atti che hanno la conseguenza di mutare, costituire o estinguere rapporti giuridici, non hanno valore se non sono controfirmati da un ministro, il quale deve assumerne su di sè la responsabilità politica (articolo 89 della Costituzione). Ma questo principio della irresponsabilità politica del Presidente della Repubblica non si deve interpretare nel senso di inerzia, di abulia, di assenza. Nei limiti di questa, ben fissata in articoli, irresponsabilità politica, il Presidente non è un automa, non è un manichino cieco e sordo che sotto il comodo pretesto della irresponsabilità o della correttezza costituzionale possa, tacendo, lasciar compiere agli altri organi dello Stato le peggiori furfanterie, e aprir l'adito così alle peggiori catastrofi. E' un uomo, un uomo ragionevole che può esporre le sue ragioni non traducendole in comandi effettivi, giuridici (perchè in tal caso si incorrerebbe nei divieti costituzionali), ma con argomenti persuasivi detti da un uomo che si trova in posizione di superiore imparzialità ad altri uomini che si trovano in posizione di responsabilità politica. La democrazia costituzionale è essenzialmente, come voi sapete, un regime basato sulla ragione, sulla fiducia nell'uomo ragionevole, sulla convinzione che gli uomini siano esseri capaci di persuadere colle proprie ragioni e di farsi persuadere dalle ragioni altrui, e quindi, se c'è al vertice dello Stato un uomo che è in grado di esporre suggerimenti di imparziale saggezza rivolti agli uomini ragionevoli che hanno la responsabilità del

governo, non c'è motivo per far perdere al Paese questo aiuto. Il Presidente ha quindi, nella nostra costituzione, una posizione di moderatore, di mediatore. Questo fu detto assai bene alla Costituente dall'On. Ruini nella sua relazione al disegno di Costituzione elaborato dalla « Commissione dei 75 »: « Egli rappresenta ed impersona l'unità e la continuità nazionale, la forza permanente dello Stato al di sopra delle fuggevoli maggioranze; è il grande consigliere, il magistrato di persuasione e di influenza, il coordinatore di attività, il capo spirituale, più ancora che temporale, della Repubblica ». E ancora: « Il Capo dello Stato non governa, la responsabilità dei suoi atti è assunta dal primo ministro e dai ministri che li controfirmano, ma le attribuzioni che gli sono specificamente conferite dalla Costituzione e tutte le altre che rientrano nei suoi compiti generali gli danno infinite occasioni di esercitare la missione di equilibrio e di coordinamento che gli è propria ». Questa funzione di persuasione e di consiglio che ha il Presidente è riconosciuta anche dalla Costituzione, sovratutto nei confronti del potere legislativo: nei confronti del Parlamento, infatti, il Presidente, quando gli viene trasmessa una legge per la promulgazione, ha il potere, riconosciuto dall'art. 74, di rimandarla alle Camere per invitarle a ripensarci, indirizzando ad esse un messaggio motivato che spiega le ragioni di questo invito.

Se poi le Camere insistono e non seguono questi suggerimenti del Presidente, egli è tenuto a promulgare la legge senza variazioni. Siamo di fronte, qui, proprio a uno di questi casi, in cui il potere del Presidente si limita ad un richiamo alla ragione, senza carattere coercitivo o imperativo; tutto si riduce a esporre alcune osservazioni nella speranza che siano prese in considerazione.

Inoltre il Presidente ha nell'articolo 87, n. 2 il potere generale di rivolgere messaggi alle Camere, anche indipendentemente dalla promulgazione di una legge, per richiamare l'attenzione di esse su qualche aspetto della vita politica, per esprimere un augurio, un desiderio, una speranza.

Questo potere di richiamare l'attenzione dei responsabili su certi aspetti della vita politica esiste certamente «a fortiori » anche nei confronti del Governo. Il Presidente partecipa a tutta la vita dello Stato. Basti dire che la presentazione di un disegno di legge di iniziativa del Governo deve essere autorizzata dal Presidente; il Presidente promulga le leggi, firma i decreti, può sciogliere le Camere.

Tutto questo porta necessariamente il Presidente a dovere essere continuamente al corrente della vita politica dello Stato in tutti i suoi campi; egli ha per questo il diritto di avere informazioni e il diritto di dare consigli su tutti gli affari dello Stato. Si tratterà naturalmente di consigli discreti, dati con discrezione e con correttezza

(la « correttezza costituzionale ») di cui i responsabili potranno tener conto o non tener conto; ma non si può pensare che se il Presidente ha qualche rilievo che possa essere profittevole nell'interesse della Patria, possa essergli vietato di esporre il suo pensiero a chi deve governare. Egli solo è imparziale, superiore ai partiti, in grado di vedere i problemi dall'alto. I suoi consigli di uomo imparziale, non di partito, possono essere appunto preziosi in un governo, come è il governo democratico che è essenzialmente un governo di partiti.

Possiamo ora tornare al nostro problema specifico: quello della posizione del Presidente come Comandante delle Forze Armate.

Nell'articolo 87, comma 9° della Costituzione la funzione del Presidente, in relazione alle Forze Armate, è distinta in tre momenti: « Ha il comando delle Forze Armate; presiede il Consiglio Supremo di Difesa costituito secondo la legge; dichiara lo stato di guerra deliberato dalle Camere ».

Di questi tre momenti si può eliminare subito, per sgombrare il campo, il terzo il quale è da mettersi in relazione con l'articolo 78 della Costituzione il quale ha stabilito che il potere di deliberare lo stato di guerra spetta al Parlamento; una volta deliberato lo stato di guerra, la rappresentanza dello Stato nei rapporti internazionali, di fronte allo Stato nemico ed agli altri Stati ai quali deve essere notificato l'inizio della guerra, spetta al Presidente, che è il Capo dello Stato e rappresenta l'unità nazionale; compete a lui, non come Comandante delle Forze Armate ma come rappresentante dello Stato nei rapporti internazionali, questa funzione di portare a conoscenza degli altri soggetti di diritto internazionale la deliberazione di guerra partita dalle Camere.

Qui, a voler andare a caccia di questioni teoriche, ci si potrebbe domandare, come qualcheduno ha fatto, se quando le Camere abbiano deliberato lo stato di guerra, il Presidente possa, invece di dichiarare la guerra, rimandare al Parlamento questa deliberazione con un messaggio motivato, invitando le Camere a ripensarci, come può fare al momento di promulgare una legge.

A voler prendere sul serio questo quesito si potrebbe rispondere prima di tutto che è dubbio che la deliberazione di guerra sia una legge in senso sostanziale; d'altra parte la dichiarazione dello stato di guerra, che la Costituzione riserva al Presidente, non è un atto paragonabile alla promulgazione di una legge, perchè è un atto di diritto internazionale, che il Presidente, quando le Camere hanno deliberato la guerra, non potrebbe nè rifiutarsi di compiere, nè ritardare.

Qualcuno si è anche domandato se il referendum che la Costituzione ammette « per deliberare l'abrogazione totale o parziale di

una legge » possa essere esercitato per fermare e poi chiedere la revoca di una deliberazione di guerra votata dalle Camere.

Anche qui si potrebbe rispondere che la dichiarazione di guerra non è una legge; che in ogni modo, anche se fosse una legge in senso sostanziale, date le sue dirette ripercussioni internazionali, non è di quelle leggi per le quali si potrebbe ricorrere al referendum e che in ogni modo la legge che regolerà praticamente il referendum è ancora di là da venire. Ma sopratutto questa è, di fatto, una questione oziosa.

Si è detto giustamente che oggi la guerra non si dichiara, si fà; la guerra prima scoppia, e poi si dichiara. Ve lo immaginate, un referendum, che richiederebbe una lunga procedura per decidere se una guerra già deliberata dalle Camere si debba fare sul serio: e il nemico starebbe lì ad aspettare, colle armi al piede, il responso del referendum?

Passiamo ai due punti che veramente hanno importanza pratica. « Il Presidente della Repubblica ha il Comando delle Forze Armate ». Che cosa vuol dire? Quali conseguenze pratiche ha questa disposizione? Questa disposizione, come sapete, è analoga a quelle contenute in quasi tutte le costituzioni europee, monarchiche o repubblicane, che attribuiscono al Capo dello Stato il Comando delle Forze Armate. Anche nello Statuto albertino c'era l'articolo 5: (il re) « comanda tutte le forze di terra e di mare ».

Tutti furono d'accordo, nei lavori preparatori alla Costituente e nei commenti alla Costituzione, nel dire che questa è una attribuzione di carattere simbolico e nominale. Lo stesso senatore Gasparotto, nella relazione alla legge sul Consiglio Supremo di Difesa presentata al Senato, dice che questo comando attribuito dalla Costituzione al Presidente ha e deve avere carattere formale e di prestigio, in armonia alla sua irresponsabilità.

Durante i lavori della Costituente un deputato, il generale Azzi, aveva proposto nella seduta del 22 ottobre 1947 che questa attribuzione del comando delle Forze Armate al Presidente della Repubblica, fosse precisata in questa formula: « Il Presidente della Repubblica ha il comando delle Forze Armate e lo esercita in tempo di pace per il tramite del Ministro della Difesa ed in tempo di guerra per il tramite del Capo di Stato Maggiore ». La proposta non fu accolta, non perchè la formula fosse ritenuta inesatta, ma perchè si disse che in tempo di pace non c'è dubbio che il principio della irresponsabilità porta necessariamente a considerare il comando del Presidente come puramente nominale, mentre il comando effettivo spetterà al Ministro responsabile, cioè al Ministro della Difesa; in quanto al tempo di guerra, poi (si disse alla Costituente) sarà la legge che stabilirà l'ordinamento del comando supremo. Il che non è ancora avvenuto, perchè

se ho ben visto, nel decreto legislativo 21 aprile 1948 sulla nomina del Capo di Stato Maggiore della Difesa, non si parla del comando in guerra, e quindi questo è un punto ancora da regolare.

Questo carattere puramente nominale della qualificazione di Comandante delle Forze Armate attribuita al Presidente della Repubblica è ancor più accentuato nella Costituzione francese con questa formula: « Il Presidente ha il titolo di Capo delle Forze Armate ».

Questo sistema nostro e francese, per cui il Capo dello Stato ha il comando delle Forze Armate soltanto simbolicamente, è in netto contrasto col sistema seguito negli Stati Uniti d'America, dove, secondo le caratteristica della Repubblica presidenziale nella quale il Presidente cumula in sè le due qualità di Capo del Governo e di Capo dello Stato, il Presidente è il Comandante effettivo delle Forze Armate ed esercita effettivamente questo comando.

Nelle memorie di Cordell Hull si racconta che durante l'ultima guerra Roosevelt non amava più essere chiamato « presidente »; ma si faceva chiamare « comandante », ed esercitava con grande zelo e con grande ardore questa sua funzione, tanto da voler essere egli solo in contatto con i capi militari e da escludere nei colloqui che aveva con i capi militari perfino il segretario agli Esteri.

Ma questo è un sistema ben diverso dal nostro; come è diverso quello oggi vigente in Inghilterra in base ad una legge del 1946, la quale, dando riconoscimento legislativo all'esperimento fatto con buon esito durante l'ultima guerra, dà il comando effettivo e la responsabilità delle Forze Armate, anche in tempo di guerra, al Primo Ministro.

Da noi, dunque, il comando delle Forze Armate è un titolo che spetta al Presidente della Repubblica. Ma è soltanto un titolo, un titolo e nulla più? oppure, anche qui, bisogna fare qualche distinzione?

Vedete, nella monarchia il Re era per tradizione un militare, un guerriero. L'attribuzione del Comando al monarca, anche nelle monarchie costituzionali, è una tradizione aristocratica, quasi direi un residuo cavalleresco, che deriva dalla monarchia assoluta in cui il potere di comandare le forze militari in guerra era effettivamente esercitato dal sovrano: anche nelle guerre del nostro Risorgimento com'è noto, nel 1848 e nel 1859, il re fu per un certo periodo il capo effettivo dell'esercito.

Oggi il Presidente della Repubblica è un civile, un « borghese » come dicono i militari; quindi non sarebbe neanche concepibile un effettivo comando militare esercitato dal Presidente sul campo di battaglia o, in tempo di pace, sul campo di manovra, sul campo di esercitazioni. Ma allora, si può domandare, se questo è, qual è la giustificazione della norma per la quale in un regime di democrazia

repubblicana si è voluto mantenere il comando delle Forze Armate al Presidente della Repubblica? La giustificazione non è militare, è politica: ed è in relazione al sistema parlamentare necessariamente basato sulla pluralità dei partiti e sull'alternarsi dei partiti al governo.

Nel sistema parlamentare il governo, o che sia affidato al partito di maggioranza o che sia affidato ad una coalizione di partiti, è in ogni caso un governo che ha e deve avere un colore politico.

Vi sono però certi rami dell'amministrazione dai quali più che per gli altri si desidera che sia esclusa la politica dei partiti. Così avviene in maniera tipica per l'amministrazione della giustizia; così avviene in maniera altrettanto tipica per l'amministrazione ed il Comando delle Forze Armate.

Per l'amministrazione della giustizia la Costituzione ha provveduto a creare un ordine autonomo, una specie di autogoverno.

Come sapete, una delle innovazioni più singolari della nostra Costituzione è quella di avere svincolato la magistratura dalle ingerenze del governo. La magistratura sta a sè, si governa da sè. Ma, poichè bisogna in qualche modo ricollegare la magistratura con l'autorità dello Stato, per impedire che diventi un corpo chiuso e ribelle, una specie di cometa che possa uscire per conto suo dall'orbita costituzionale, l'organo di collegamento nella Costituzione si è trovato non nel Ministro Guardasigilli, che è un organo di partito, ma nel Presidente della Repubblica che rappresenta l'unità dello Stato.

La giustizia non è di un partito, non è del partito al governo, è di tutti i cittadini.

Analogamente per le Forze Armate: invece di mettere queste alle dipendenze dirette del Ministro della Difesa, si sono messe simbolicamente, (e forse non soltanto simbolicamente, come ora vi dirò) alle dipendenze del Presidente della Repubblica, che rappresenta l'unità nazionale e la imparzialità dello Stato.

L'Esercito non è al servizio del partito che è al potere, è al servizio della Patria: e la Patria è di tutti, non è nè rossa, nè nera, nè grigia, è soltanto tricolore. Questa è la ragione per cui è il Presidente che accanto alla bandiera sta a capo delle Forze Armate.

Ma è questo puramente un simbolo? Quando nell'« ancien régime » vigeva il principio, che poi nominalmente passò nello statuto albertino, che la giustizia emana dal re, questo in origine aveva significato che effettivamente il primo giudice dello Stato era il re; ma poi, col passar dei secoli, questo principio, anche sotto l'« ancien régime » si era andato pian piano attenuando e nell'ultimo secolo della monarchia francese un giurista, il Denisart riferiva che nel supremo consiglio giurisdizionale della Francia, il « Conseil des parties » (da cui poi derivò la Cassazione) il re non interveniva più, ma nell'aula delle udienze si

vedeva ancora, sopra al seggio del presidente, una poltrona sempre vuota, al posto d'onore, come simbolo che il re poteva intervenire; e le sentenze si aprivano con questa formula: « *Le roi en son conseil...* ».

Ora ci possiamo domandare: questo comando delle Forze Armate affidato dalla nostra Costituzione al Presidente della Repubblica dobbiamo anche noi considerarlo oggi come una poltrona vuota, come un posto d'onore simbolico, o è qualcosa di più? Intanto, come voi capite, da quest'ufficio del Presidente si deve escludere ogni carattere gerarchico militare.

In questo il Re aveva certi poteri che il Presidente della Repubblica non può avere, che gli derivavano non dall'essere Re, non dall'essere Capo dello Stato, ma dall'essere militare, dall'essere generale, dall'essere il più alto in grado di tutti i generali.

I rapporti degli ufficiali, dei generali col Sovrano erano rapporti col superiore in grado. Questo non può ripetersi oggi nè per il Presidente della Repubblica, nè per il Ministro della Difesa.

Come per i magistrati: i quali non possono avere i loro superiori gerarchici fuor dell'ambito della Magistratura, risalendo su su fino al Primo Presidente della Corte di Cassazione, mentre non hanno un vero e proprio rapporto di subordinazione gerarchica nè col Ministro Guardasigilli, nè, domani, col Presidente della Repubblica nella sua qualità di presidente del Consiglio superiore della Magistratura.

Escluso dunque dal comando del Presidente ogni aspetto strettamente militare, ci si può domandare a chi spetti il comando strettamente militare, *operativo,* per così dire, in tempo di pace. Per esempio, l'ordine all'Esercito di fare una manovra, di prepararsi per le grandi manovre, di adunarsi per un'esercitazione... chi può dare questi ordini di carattere operativo? Il Ministro della Difesa indubbiamente perchè si tratta di ordini aventi, sia pure in una forma non determinata e magari verbale, effetti pratici ai quali si dovrebbe necessariamente riconnettere una responsabilità; la quale non può essere che dell'organo responsabile, cioè del Ministro.

Tuttavia anche su questo punto non si può escludere che il Presidente della Repubblica abbia un potere di informazione.

Per questo il Presidente della Repubblica, come comandante delle Forze Armate, quantunque si dica che il suo comando è nominale, può avere contatti diretti col Ministro della Difesa, anche senza passare per il tramite del Presidente del Consiglio.

S'intende che il Ministro della Difesa è responsabile non nei confronti del Presidente, ma solo nei confronti del Presidente del Consiglio; ma ciò non esclude che il Presidente della Repubblica, come comandante delle Forze Armate, possa avere relazioni dirette di ufficio, per informarsi, non soltanto col Ministro della Difesa, ma anche col

Capo di Stato Maggiore (quantunque questo, per il decreto legislativo del 21 aprile 1948 sia responsabile soltanto nei confronti del Ministro della Difesa), coi generali, con gli ufficiali.

Non solo; io ritengo altresì che il Presidente della Repubblica possa indirettamente partecipare a questo comando operativo coll'esprimere agli organi responsabili di esso i suoi suggerimenti e le sue considerazioni il che, secondo me, rientra (come già ho detto) nella funzione presidenziale, coordinatrice in tutti i campi dello Stato.

Il Presidente, per esempio, potrebbe come Comandante delle Forze Armate fare un proclama ad un corpo di spedizione che parte: in tal caso non ha bisogno della controfirma, trattandosi della espressione di un augurio.

Tutte le volte che l'esercizio del comando non implichi ordini che debbono essere eseguiti, ma consista soltanto in richiesta di informazioni e in espressione di suggerimenti, ritengo che il Presidente possa praticamente parteciparvi in questa forma, e che quindi, in questi limiti, la sua funzione non sia puramente figurativa e simbolica.

Diverso è il caso dei provvedimenti amministrativi personali attinenti allo stato e alla disciplina dei militari: carriera, promozioni, trasferimenti, punizioni disciplinari, tutti atti giuridici che modificano, creano od estinguono rapporti giuridici.

Questi sono indubbiamente di competenza del Ministro della Difesa, anche se per essere perfetti debbono essere firmati dal Presidente della Repubblica; come avviene, ad esempio, per la nomina del Capo di Stato Maggiore, che deve esser firmata dal Presidente non come Comandante delle Forze Armate, ma come Capo del potere esecutivo, e deve essere controfirmata naturalmente dal Ministro responsabile.

Per l'emanazione di veri atti giuridici formali riguardanti le Forze Armate, i poteri del Presidente della Repubblica non sono maggiori nè diversi da quelli che egli ha nei confronti delle altre amministrazioni dello Stato.

Facciamo l'ipotesi, che suppongo spesso si verifichi, che al Presidente della Repubblica siano rivolti da parte di militari, ricorsi e lagnanze contro provvedimenti del Ministro della Difesa: si possono considerare questi reclami come veri rimedi giuridici, della natura dei ricorsi gerarchici? Assolutamente no! Il Presidente della Repubblica come capo delle Forze Armate non è il superiore gerarchico del Ministro della Difesa; si potranno considerare tutt'al più come una specie di ricorsi in grazia, ma ciò potrà avvenire ugualmente per tutti i campi della pubblica amministrazione e non soltanto per quella militare.

Se domani al Presidente della Repubblica perviene un esposto che denuncia un arbitrio o un abuso commesso nell'amministrazione,

il Presidente della Repubblica potrà se crede, comunicarlo al Ministro responsabile, il quale vedrà se l'esposto è fondato ed eventualmente potrà rimediare.

Gli atti amministrativi sono di regola revocabili; il Presidente della Repubblica potrà in questo modo eccitare quel potere che gli organi amministrativi competenti e responsabili hanno di riesaminare ed eventualmente di revocare i propri provvedimenti.

Anche qui il Presidente si limiterà a richiamar l'attenzione di chi può provvedere; ma non potrà provvedere egli stesso.

E veniamo alla seconda funzione: « presiede il Consiglio Supremo di Difesa costituito secondo la legge ».

Qui se si volesse far la storia dei precedenti della nostra legislazione ed affacciarsi appena alla legislazione comparata ci sarebbe da parlare a lungo; ma posso farne a meno perchè questi dati si trovano ampiamente ed esattamente riassunti nelle relazioni parlamentari al disegno di legge sul Consiglio Supremo di Difesa (relazione del Ministro e relazione del senatore Gasparotto). Richiamo la vostra attenzione su un certo parallelismo assai evidente che esiste fra il Consiglio Supremo di Difesa ed il Consiglio Superiore della Magistratura, regolato dall'articolo 104 della Costituzione.

Ambedue questi organi sono istituiti dalla Costituzione colla denominazione di « consigli » ed entrambi sono presieduti dal Presidente della Repubblica, per quelle ragioni di imparzialità politica che già ho ricordate. Anche il Consiglio Supremo della Difesa è un organo « costituzionale » in quanto è voluto come indispensabile dalla Costituzione.

Non bisogna però essere indotti a dare a questa parola « costituzionale » un significato più importante di quello che ha. Dire che un organo è « costituzionale » non vuol dire che esso abbia una funzione diversa da quelle tre, legislativa, esecutiva e giudiziaria, che sono le funzioni della sovranità: quando si parla di organi costituzionali si intende soltanto dire che certi organi che esercitano una od altra di queste tre funzioni sono istituiti come necessari dalla Costituzione.

Anche il Consiglio Supremo di Difesa è un organo costituzionale in questo senso: che la Costituzione vuole che esso ci sia e non se ne potrebbe fare a meno senza modificare la Costituzione.

Non dice come deve essere costituito, chi ne siano i componenti e quali siano le sue funzioni, ma dice che ci deve essere: il resto lo stabilisce la legge, quella legge che è già stata votata dal Senato e che ora è in discussione alla Camera dei Deputati.

Ho voluto far questa premessa per evitare a me stesso il pericolo di credere che, siccome il Consiglio Supremo della Difesa è un or-

gano costituzionale, debba soltanto per questo essere fornito di poteri che non siano soltanto consultivi.

Un organo può essere costituzionale, ed avere poteri soltanto consultivi.

C'è di ciò un esempio tipico in un organo costituzionale che, anche quello, è ancora in elaborazione, il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro.

L'articolo 99 della Costituzione dice espressamente che « è organo di *consulenza* delle Camere e del Governo »: si tratta quindi di un organo che è insieme costituzionale, perchè è la Costituzione che lo ha creato, e *consultivo*, perchè come tale la Costituzione lo istituisce.

Premesso questo, quali sono le funzioni di questo organo costituzionale che è il Consiglio Supremo di Difesa?

Qui si comincia a camminare su un terreno meno sicuro di quello, del resto assai accidentato su cui ho camminato finora: perchè qui la Costituzione non dice niente di preciso, quindi si tratta per me soltanto di fare ipotesi, di esporre opinioni e di cercare soluzioni accettabili, che siano in armonia con i principi della Costituzione.

La ragione per cui la Costituzione ha voluto questo Consiglio Supremo della Difesa mi pare che sia evidente. Esso è chiamato (la formula adoperata dal disegno di legge mi pare sotto questo aspetto felice) ad « esaminare i problemi politici e tecnici generali attinenti alla difesa nazionale ».

Questi problemi politici e tecnici generali attinenti alla difesa nazionale, se non ci fosse il Consiglio Supremo di Difesa imposto dalla Costituzione, chi avrebbe dovuto affrontarli e risolverli? Evidentemente il Governo: quelli più gravi e generali, il Governo in sede collegiale con la responsabilità del Presidente del Consiglio dei Ministri e di tutto il Governo; quelli più ristretti, di carattere più tecnico che politico, il Ministro della Difesa coadiuvato sotto l'aspetto tecnico dal Capo di Stato Maggiore e, quando ci sarà, da quell'organo esclusivamente tecnico che è anch'esso in preparazione, il Consiglio Superiore delle Forze Armate.

La Costituzione ha voluto dunque che questi problemi che, se non ci fosse il Consiglio Supremo di Difesa dovrebbero essere affrontati e risolti dal Governo, siano non risolti ma sottoposti prima di risolverli, allo studio del Consiglio Supremo della Difesa. Perchè? Per la loro eccezionale importanza: in essi, come vi dicevo dal principio, si tratta della vita o della rovina del Paese, della guerra o della pace, della vittoria o della sconfitta.

Bisogna dunque, per questi problemi di importanza suprema creare un organo che sia qualche cosa di più, per competenza specifica, del Consiglio dei Ministri; un organo che, al momento di prendere

in esame queste questioni di così straordinaria portata, possa adunare persone autorevoli e competenti che di solito non prendono parte al Consiglio dei Ministri: e cioè da una parte il Presidente della Repubblica, il quale può portare nella discussione, la sua alta visione dell'interesse della Patria, che è superiore ai partiti ed alle contingenze mutevoli; e dall'altra parte i tecnici dell'arte militare, o almeno il più autorevole di essi, cioè il Capo di Stato Maggiore il quale di solito sta in relazione diretta, secondo la legge del 1948, col Ministro della Difesa, ma quando si tratta di questi problemi generali è bene che illumini direttamente tutti i componenti del Governo responsabile e francamente esprima la sua opinione sotto la presidenza moderatrice ed equilibratrice del Presidente della Repubblica.

Qual'è allora, in questo Consiglio, la posizione del Presidente? Qui si presenta una delle questioni più difficili di questo tema.

Come si fa a conciliare col principio della irresponsabilità presidenziale, la presidenza del Consiglio Supremo di Difesa e la effettiva partecipazione del Capo dello Stato alle deliberazioni di questo Consiglio?

E' evidente che se in questo Consiglio il Presidente vota, questo voto lo dà per conto proprio, magari in contrasto col voto del Ministro della Difesa e quindi senza bisogno della sua controfirma. Dove va a finire il principio che gli atti del Presidente hanno bisogno della controfirma del ministro responsabile? E se il Presidente rimane in minoranza, dove va a finire il suo prestigio?

E se è il suo voto che è decisivo per creare una maggioranza in contrasto col Ministro della Difesa o magari col Presidente del Consiglio, dove va a finire la irresponsabilità presidenziale?

Voi vedete quali complicazioni di carattere costituzionale vengano fuori da questo organo: se ci mettiamo a fare ipotesi viene fuori tutta una serie di indovinelli costituzionali, tra i più curiosi ed insolubili.

Per risolvere questi problemi difficili e quasi angosciosi, si suole dire (e fu detto anche alla Costituente) che anche la Presidenza del Consiglio Supremo della Difesa è una carica puramente onorifica e lo stesso si dice per la presidenza del Consiglio Superiore della Magistratura.

Il Presidente della Repubblica, si dice, interverrà il giorno della inaugurazione ad insediare i componenti di questi due supremi consessi; ma poi la presidenza effettiva sarà presa, nel Consiglio Supremo di Difesa, dal Presidente del Consiglio dei Ministri, e nel Consiglio Superiore della Magistratura da uno dei due vicepresidenti.

Se poi eccezionalmente avverrà che il Presidente della Repubblica presieda effettivamente, anche dopo la seduta di insediamento, qualche altra riunione del Consiglio Supremo di Difesa, sarà la sua

discrezione, il suo senso di correttezza costituzionale che lo farà restare in una posizione di puro dirigente della discussione simile a quella del Presidente della Camera, che al momento in cui si viene ai voti si astiene; e così sarà salvato il principio di irresponsabilità.

Il problema è grave; ma io ritengo che uno degli aspetti più incresciosi, più difficili, più preoccupanti di questo problema sia notevolmente attenuato, quasi fino a scomparire, quando si tenga presente che il Consiglio Supremo di Difesa non ha e non può avere se non funzioni esclusivamente *consultive*.

Il problema è diverso per il Consiglio Superiore della Magistratura: creato il quale la Costituzione ha proposto ai costituzionalisti problemi talmente difficili, che per risolverli occorrerà forse uno studio e una evoluzione secolare.

Per il Consiglio Superiore della Magistratura la difficoltà nasce sopra tutto dall'art. 105 della Costituzione, che espressamente attribuisce ad esso funzioni di amministrazione attiva: « Spettano al Consiglio superiore della Magistratura, secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni, i trasferimenti, i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati » e qui si presenta il problema gravissimo posto da questo ordine autonomo di cui il Ministro della Giustizia non può rispondere appunto perchè è un ordine autonomo che non dipende da lui e che neppure direttamente risponde davanti al Parlamento perchè nessuno rappresenta il Consiglio Superiore della Magistratura davanti al Parlamento.

Sicchè, se non si troverà la strada di conciliare l'autonomia della Magistratura colla responsabilità ministeriale del Guardasigilli, si rischia di andare a ferire il principio della irresponsabilità del Presidente della Repubblica, che alla fine rimarrebbe, come presidente del Consiglio Superiore della Magistratura, il solo responsabile degli atti di amministrazione attiva che la Costituzione demanda a questo Consiglio.

Ma lasciamo da parte il problema del Consiglio Superiore della Magistratura.

Il problema del Consiglio Supremo di Difesa è un problema molto più semplice, di soluzione molto più facile.

Il Consiglio Supremo di Difesa è composto in gran maggioranza di Ministri (sei su otto: il Presidente del Consiglio, il Ministro della Difesa, e altri quattro Ministri) coll'aggiunta del Presidente della Repubblica e del Capo di Stato Maggiore.

Possono esser chiamati a parteciparvi altri Ministri oltre i sei che ordinariamente ne fanno parte, ed anche i rappresentanti di altri organi tecnici; ma la sua formazione ordinaria è quella che ho detto.

Ora finchè il Consiglio Supremo di Difesa si limita a studiare

problemi ed a suggerire possibili soluzioni, senza deliberare, niente di male.

Anche la partecipazione del Presidente rientra in quella attribuzione, che sempre gli è propria, di dare suggerimenti; sicchè non c'è neanche bisogno di dire che la sua responsabilità è coperta dalla collegialità (che forse è l'argomento per salvare la sua irresponsabilità nel Consiglio Superiore della Magistratura) perchè nel Consiglio Supremo di Difesa, il Presidente, anche se vota, lo fa non per partecipare ad una deliberazione, ma per partecipare alla formazione di una proposta.

La responsabilità sarà poi assunta da chi sceglierà fra le varie proposte, da chi trasformerà la proposta in deliberazione.

Se viceversa (ecco il punto che mi pare di somma importanza) a questo Consiglio Supremo della Difesa si volessero dare funzioni deliberative di amministrazione attiva, o dargli un potere di iniziativa legislativa, tutto il sistema parlamentare sarebbe sovvertito.

Il sistema parlamentare si basa, secondo gli articoli 94 e 95 della Costituzione, sul principio fondamentale della responsabilità politica del Governo di fronte al Parlamento.

Il Parlamento ha il diritto di controllare, di rivedere, di approvare e disapprovare tutta l'attività dell'amministrazione, salvo, per ora, quell'isola ancora non classificata che sarà l'attività del Consiglio Superiore della Magistratura.

Tutti gli atti in cui si esplica la vita dello Stato e su cui il Parlamento estende il suo sindacato debbono essere, direttamente o indirettamente, atti del *Governo*.

Nessuna norma prevede una responsabilità politica di altri organi che non siano il Governo: non è quindi concepibile una responsabilità politica del Consiglio Supremo di Difesa, nè come corpo collegiale, nè in persona del suo presidente, irresponsabile per definizione.

La conseguenza è questa: che se si vuole rispettare il principio fondamentale del sistema parlamentare, per il quale il controllo del Parlamento si estende a tutti gli atti della vita politica, bisogna che il Consiglio Supremo di Difesa abbia funzioni puramente e chiaramente consultive: prepara, studia, discute, elabora soluzioni, ma chi le deve adottare, chi deve tradurre queste soluzioni ipotetiche in proposte di legge da sottoporre al Parlamento, in atti di governo che il Parlamento controlla, non può essere che il Governo, cioè il Consiglio dei Ministri della Difesa, secondo che si tratti di questioni di politica generale ovvero di interessi limitati al Dicastero della Difesa.

Ora io debbo dirvi con tutta franchezza, che è primo dovere di ogni studioso, che i principi finora ricordati non mi par che trovino

corrispondenza piena nel disegno di legge approvato dal Senato e oggi in discussione dinanzi alla Camera.

Nell'art. 1° si dice: « Il Consiglio Supremo di Difesa esamina i problemi generali politici e tecnici attinenti alla difesa nazionale »; fin qui benissimo; ma poi esce di strada, quando continua: « ... e determina i criteri e fissa le direttive per la organizzazione ed il coordinamento... ».

Questo è assai più che dare pareri! Nella frase « determinare i criteri » e soprattutto nella frase « fissare le direttive », si esorbita dalla pura funzione consultiva e si entra in pieno nella funzione deliberativa.

Qui io ho l'impressione che la parola abbia tradito il pensiero di coloro che hanno formulato questo disegno di legge; perchè non solo nelle relazioni ma anche nelle discussioni che si sono svolte al Senato è stato detto in modo chiarissimo, dal sen. Cadorna e dal sen. Cingolani che « questo Consiglio ha funzioni puramente consultive ». Viceversa nel testo delle norme, è scappata questa frase la quale può dare l'impressione che non si tratti più di un parere, ma di una deliberazione; fissare le direttive è qualche cosa di più di dare un parere, e anche più di un parere vincolante.

E' noto che in certi casi il parere dei corpi consultivi è vincolante, nel senso che l'organo di amministrazione attiva, se vuol compiere un certo atto, lo deve compiere in conformità di questo parere, ma conserva tuttavia il potere di astenersi dal compierlo.

Quando invece si dice che il Consiglio Supremo « fissa le direttive » questo significa che le sue deliberazioni dovrebbero avere una efficacia propriamente normativa: se si delibera che gli armamenti debbono dare la prevalenza all'arma aerea su quella navale, questa è una norma di carattere generale, si, ma non è un semplice parere, sia pur vincolante: è una norma generale, alla quale non si può rifiutare di dare in avvenire esecuzione concreta.

Tanto è vero che nell'art. 5 è detto che « il segretario del Consiglio Supremo di Difesa raccoglie ed elabora secondo le direttive del Consiglio tutte le norme relative alle questioni da sottoporre al Consiglio stesso, *coordina le relative deliberazioni e ne predispone l'attuazione* ».

L'attuazione: ecco l'equivoco! Se il Consiglio Supremo si deve limitare a dare pareri, esso non ha niente da attuare.

All'attuazione ci deve pensare il Governo! Mi pare dunque che tra le premesse costituzionali ripetute dai relatori e dagli oratori e la formulazione di questi articoli, vi sia una contradizione che mi auguro che nell'ulteriore elaborazione della legge sia eliminata, in

quel senso che solo mi sembra ammissibile, cioè nel senso di dare a questo supremo organo carattere esclusivamente consultivo.

Se non fosse consultivo, con questo si verrebbe a violare la Costituzione: la quale non ammette che si prendano deliberazioni di carattere amministrativo, se non dal Governo o da organi da esso dipendenti e di cui esso risponda; nè dà ad altri organi, che non siano il Governo, poteri di iniziativa legislativa, all'infuori di quei casi in cui, com'è detto nell'art. 71, l'iniziativa sia conferita espressamente ad altri enti da leggi costituzionali; né tale articolo, ch'io ne sappia, conferisce al Consiglio Supremo di Difesa il potere di proporre e di presentare leggi al Parlamento!

Debbo avvertire infine che anche su un altro punto mi pare che il disegno approvato dal Senato abbia peggiorato il testo ministeriale; là dove è stato stabilito che il Segretario del Consiglio sia nominato dal Consiglio stesso fuori del suo seno, mentre nel progetto del Ministro era lo stesso Ministro della Difesa che faceva da segretario.

Ho l'impressione che in questo Consiglio la funzione del Segretario (che è quella di predisporre le questioni, di preparare le informazioni e in sostanza di elaborare tutti i materiali sui quali poi i componenti del Consiglio dovranno portare il loro esame) abbia una tale importanza che sia indispensabile dargli il carattere di organo politicamente responsabile quale è il Ministro della Difesa; e che non sia idoneo a tale delicatissimo ufficio un tecnico non politico (militare o civile) la cui opera sfuggirebbe al controllo diretto del Parlamento.

Trovo qui che invece di creare un nuovo segretariato, c'è già presso il Ministero della Difesa una segreteria già costituita ed organizzata.

Non vorrei che in un momento in cui tutti dicono che uno dei problemi più urgenti dello Stato Italiano è quello della diminuzione del peso burocratico, si creasse in questo nuovo segretariato un nuovo organo burocratico, destinato a ramificarsi in commissioni, comitati e sottocomitati.

Non vorrei insomma, com'è accaduto nell'ultima crisi ministeriale, che, per risolvere il problema burocratico si è cominciato per prima cosa a costituire un nuovo Ministero e una nuova burocrazia incaricata di studiare il problema della burocrazia! (*ilarità*).

Ove si riconduca il Consiglio Supremo alla sua funzione puramente consultiva, anche la posizione del Presidente mi pare che sia assolutamente chiarita.

Egli, trattandosi di dare consigli, avrà diritto di proporre questioni, di dare suggerimenti, di porre argomenti all'ordine del giorno.

Forse non voterà, forse la sua sensibilità, la sua correttezza gli suggeriranno di non votare; ma se anche voterà, si tratterà di un voto

platonico, non di un atto giuridico; sarà un atto di cooperazione a trovar la via giusta, un atto di saggezza, di quella saggezza alla quale (come dicevo al principio, e con questo concludo) nella democrazia non si debbono mai chiudere le porte, specialmente quando voi, signori Generali e Ammiragli, avete la fortuna di poter salutare come Comandante delle Forze Armate un uomo saggio ed umano, nel senso antico e direi europeo della parola, quale è Luigi EINAUDI, degno ed amato Presidente della Repubblica Italiana.

XIV

LA LIBERTA' DI STAMPA (*)

Ringrazio le ascoltatrici dell'applauso così cordiale che viene da un uditorio così numeroso. Le ringrazio di avermelo fatto da principio, perchè ho l'impressione che alla fine non potrebbe essere altrettanto nutrito.

Questo vi dico, sia perchè rimarrete deluse dall'insufficienza del relatore, sia anche perchè dalla mia relazione vi accorgerete che forse in questo vostro Congresso della stampa femminile il problema della libertà di stampa ha per ora importanza non diciamo secondaria, ma soltanto indiretta e mediata.

La libertà è un po' come l'aria o come la salute. Ci se ne ricorda quando ci viene a mancare, quando ci si ammala. Della libertà ci s'accorge quando qualcuno comincia a contrastarcela. Ora, perchè il problema della libertà di stampa sorga, occorre che una stampa ci sia, che ci sia il bisogno, l'esigenza, la richiesta, la sete di quella stampa. Allora se accade che qualcuno voglia limitare quella stampa e contrastare l'esigenza di chi vuol servirsene, si sente, proprio come se mancasse il respiro, il problema della libertà di stampa.

A me pare che il primo problema di questo vostro Congresso sia quello non diciamo di creare, chè già c'è, una stampa femminile, ma di sviluppare, rafforzare, modificare questa vostra stampa. Ciò vuol dire risalire più indietro, cioè creare l'esigenza di questa stampa femminile, ossia creare in milioni di lettrici la richiesta e l'attesa di questa stampa, ossia, avvicinandoci ancor più alla origine, creare questi milioni di donne lettrici, creare in decine di milioni di donne italiane che oggi non leggono perchè non sanno leggere, la possibilità di leggere.

(*) [Relazione di Piero CALAMANDREI al 1° Congresso per la stampa femminile (Roma, ottobre 1952). Pubblicata in *Le donne e la cultura*, volume a cura di A. GOBETTI, P. CALAMANDREI, M. BASSINO e altri (Roma, edizioni « Noi donne », 1952), pp. 25-44]. [*Bibliografia*, n. 619].

Il mistero della carta stampata

Anche la libertà di stampa pur troppo è finora in molte regioni un'esigenza aristocratica delle persone colte, che vuol dire assai spesso un lusso delle persone ricche. La libertà di stampa può servire oggi soprattutto a rendere più colte le persone colte e talvolta più ricche le persone ricche. Per i poveri, prima del problema della libertà di stampa c'è il problema dell'analfabetismo, che è uno degli aspetti del problema della miseria. Anche qui, libertà di stampa vuol dire prima di tutto possibilità economica, libertà economica di servirsene.

Andate nell'interno della Sardegna o della Sicilia, in Calabria, in certe regioni di Puglia; per quelle donne chiuse nella cerchia della tradizione casalinga, schiacciate dalla povertà e dalla fatica, è perfettamente indifferente che la stampa sia libera o no; anzi, che ci sia o non ci sia la stampa. Nel loro ciclo di vita, che si conclude tra la grama maternità, le fatiche brutali di tutti i giorni e la chiesa domenicale, la carta stampata è un mistero lontano ed estraneo al loro mondo, alla loro curiosità. Ma questo è solo un aspetto della realtà, perchè proprio per creare anche nelle donne quella curiosità e quella sete di leggere che oggi analfabetismo e miseria uccidono sul nascere, occorre la stampa, e una stampa libera; la stampa libera è strumento suscitatore di quei fermenti di liberazione e di elevazione che, una volta risvegliati, creano i focolai di lettura e di cultura. E', in un certo senso, un movimento circolare in cui non si sa quel che venga prima e quel che venga dopo, quale sia la causa e quale sia l'effetto. Una stampa libera che cominci a creare nelle donne che sanno leggere la coscienza dei loro problemi sociali, diventa a sua volta strumento indispensabile di questa coscienza e mezzo efficace per estendere in zone sempre più vaste l'esigenza della lettura come mezzo per la soluzione di questi problemi.

Oggi si vede che in certe categorie femminili prevale l'interesse per un certo tipo di settimanali frivoli, di sentimentalità galante, ma proprio per risvegliare anche in queste categorie interessi di più alta dignità sociale e culturale occorre una stampa che riesca a richiamare su di essi l'attenzione delle lettrici. Qui veramente la stampa può diventare l'organo che crea la funzione. La stampa è creata dal bisogno ma a sua volta è creatrice di questo bisogno. Quando è così, il problema della libertà di stampa per la stampa femminile si presenta negli stessi termini in cui si presenta per tutta l'altra stampa. Perchè la stampa possa promuovere questo strumento di progresso e di elevazione sociale che è la lettura, bisogna che essa sia libera.

Che cosa vuol dire stampa libera?

Oggi la libertà di stampa, sia pure con qualche minaccia all'oriz-

zonte, esiste e forse questa è una delle differenze fondamentali, per cui il regime attuale si distingue senza possibilità di confusione dal regime fascista.

La libertà di stampa è in pericolo

Oggi la libertà di stampa c'è, ma è in pericolo.

Perchè è in pericolo?

L'art. 21 della nostra Costituzione pone questo principio assiomatico: « La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure ». Questo vuol dire che chiunque può stampare quello che vuole senza avere il preventivo permesso dell'autorità. Ma con la stampa si possono commettere reati puniti dalle leggi penali; pensate, per esempio, alla diffamazione, alle minacce, all'istigazione al delitto: sono tutti reati che il codice penale punisce. Quando sono commessi a mezzo della stampa, sono più gravi, sono più diffusibili. In questi casi l'autorità giudiziaria procederà contro gli autori e talvolta, per far cessare la ulteriore diffusione del reato, può esser necessario togliere dalla circolazione la stampa, per mezzo della quale questi reati sono stati commessi. Ecco che allora viene fuori l'idea di sequestro. L'autorità giudiziaria, i giudici incaricati di giudicare sul reato, possono ordinare il sequestro della stampa in caso di delitti più gravi. Quali siano questi delitti più gravi, questi casi in cui l'autorità giudiziaria può eccezionalmente ordinare il sequestro, la nostra Costituzione nell'art. 21 non lo dice. Dice semplicemente così: « Si può procedere al sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti per i quali la *legge sulla stampa* espressamente lo autorizzi ».

Il progetto di legge sulla stampa

Ci deve dunque essere, secondo quel che dice la Costituzione, una legge sulla stampa. Non è detto che la legge sulla stampa debba autorizzare il sequestro in certi casi; è detto soltanto che *può* autorizzarlo. E' essa, la *legge sulla stampa,* alla quale la Costituzione demanda il compito di stabilire questi casi eccezionali. Finora la legge sulla stampa che stabiliva i casi eccezionali di sequestro, era il decreto legislativo 31 marzo 1946 che ammetteva il sequestro solamente in due casi: per le pubblicazioni oscene od offensive della pubblica decenza, oppure per gli scritti divulgatori di mezzi rivolti a impedire la procreazione o procurare aborti. Questi erano i due casi eccezio-

nali in cui l'autorità giudiziaria poteva ordinare il sequestro di pubblicazioni.

Se invece diventasse legge il disegno 27 giugno 1952 presentato dal Governo, intorno al quale in questi ultimi mesi in tante riunioni si è discusso soprattutto per condannarlo, i casi di sequestro sarebbero assai più numerosi: tanto che in pratica il sequestro che dovrebbe essere una misura eccezionale, diventerebbe la regola. Infatti ai casi di sequestro per reati contro la morale se ne aggiungerebbero un'altra decina per reati essenzialmente politici, previsti da vari articoli del codice penale, tra i quali per esempio: la rivelazione di segreti di Stato o di notizie di cui sia vietata la divulgazione, l'istigazione di militari a disobbedire alla legge, le offese al Presidente della Repubblica o al Sommo Pontefice, il vilipendio della religione dello Stato, il vilipendio del Governo. Vi è dunque, nel disegno governativo, una fortissima tendenza ad estendere il sequestro dal campo dei buoni costumi al campo politico e confessionale. Ma questa non è la minaccia più grave. Fin qui io vi ho parlato di sequestro ordinato dall'autorità giudiziaria, dai magistrati, dai quali, poichè sono persone colte e per ufficio educate a render giustizia, c'è da attendersi veramente giustizia e quindi serenità di giudizio nel distinguere quali siano i casi eccezionali in cui il reato ci sia, da quelli in cui il reato non c'è.

Ma il pericolo è più grave, perchè *in caso di assoluta urgenza* (è la stessa Costituzione che lo ammette) il sequestro della stampa periodica, quindi soprattutto dei giornali, può essere ordinato ed eseguito, non dall'autorità giudiziaria, cioè da magistrati, ma da ufficiali di polizia giudiziaria, cioè da commissari od agenti di Pubblica Sicurezza. In relazione a questi casi di assoluta urgenza, l'art. 8 del disegno governativo del 1952, prescrive certe formalità che in realtà verrebbero a ristabilire una vera e propria *censura preventiva* sulla stampa periodica. Infatti quest'articolo 8 stabilisce testualmente che « ogni stampatore ha l'obbligo di consegnare *prima della diffusione o della consegna al committente* » (quindi in via essenzialmente *preventiva*) quattro copie della pubblicazione stampata ad un'autorità che deve decidere se vi sia assoluta urgenza di sequestro. Questa autorità, di giorno è il Procuratore della Repubblica, o il pretore, cioè un magistrato; ma di notte, quando gli uffici giudiziari si chiudono, questo esame governativo può esser fatto, secondo questo disegno, da « un ufficiale delegato dal Procuratore della Repubblica ». Cioè da un ufficiale di polizia; forse da un agente semianalfabeta ed insonnolito, il quale deve decidere lì per lì se in quelle pagine che gli vengono consegnate vi sia la traccia di uno di quei delitti che giusti-

ficano il sequestro e quindi se vi sia l'assoluta urgenza di ordinarlo ed eseguirlo.

Voi intendete che questo vuol dire ristabilire di fatto la censura preventiva sulla stampa. I direttori di giornale, per non vedersi capitare addosso questa jattura di veder sequestrate e mandate al macero centinaia di migliaia di copie di un giornale già stampato, saranno portati naturalmente a cercar di mettersi d'accordo preventivamente colle autorità politiche; preferiranno che siano esaminati in anticipo i manoscritti e la composizione, il piombo invece della carta. In questo modo rinascerà di fatto l'autorizzazione preventiva, cioè la censura sulla stampa: e il principio dell'art. 21 della Costituzione sarà tradito.

Censura preventiva di polizia: questa è l'umiliazione nella quale la stampa italiana rischia di ricadere! Io ho il massimo rispetto per le autorità di polizia, per la loro solerzia, per la loro abnegazione al dovere; ma devo dire, senza che con questo voglia mancare a tale rispetto, che non ho molta fiducia nella loro cultura filosofica, scientifica, religiosa e letteraria.

I fasti della censura preventiva

Noi in Italia non abbiamo ancora la censura preventiva di polizia sulla stampa periodica: l'avremo se questo disegno diventerà legge. Ma l'abbiamo già di fatto (dato il modo con cui continua ad essere applicata la legge di pubblica sicurezza del tempo fascista) in tema di pubbliche affissioni; e l'abbiamo già in materia teatrale e cinematografica. Ora, le esperienze di questa censura preventiva in materia di pubbliche affissioni, in materia di teatro e di cinematografo, più che dimostrazione di raffinata cattiveria liberticida, sono manifestazioni di sconfinata stupidaggine.

Ricordate il caso del manifesto della Mostra fiorentina della pittura del Quattrocento, vietato perchè riproduceva la nudità della Venere del Botticelli.

Operazioni ortopediche dello stesso genere si sono fatte, come sapete, nelle riproduzioni del David del Michelangelo.

Ma i vertici della imbecillità sono raggiunti dalla censura teatrale, specialmente quando ci si mettono di rinforzo le autorità ecclesiastiche e la Pubblica Sicurezza. Lo sapete già: film e commedie che si rappresentano in tutto il mondo, perfino opere classiche di cui si vanta la nostra letteratura, alcune che si rappresentavano liberamente in Italia, sotto il fascismo, oggi sono vietate dalla censura teatrale della Repubblica Democratica Italiana!

Vietata la rappresentazione della *Mandragola* di Machiavelli,

perchè, motivazione testuale, « non ci si deve prendere gioco di un prete ».

Vietato nel 1950 ad Andreina Pagnani di rappresentare una commedia di Pirandello, *Lazzaro* (rappresentata liberamente nell'Italia fascista nel 1930), per ragioni « teologiche ».

Vietata la rappresentazione del teatro esistenzialista di Sartre.

Vietato il *Don Raffaele* di Vitaliano Brancati perchè, testuale, « c'è un prete rappresentato complice del fascismo ».

Vietata, a Verona, *La figlia di Jorio,* perchè il vescovo vi si è opposto e una delegazione di cittadini ha chiesto e ottenuto l'allontanamento della compagnia sacrilega.

In una rivista di Garinei e Giovannini, intitolata *Babbo Cicogna,* destinata alla radio, la censura preventiva ha preteso curiose correzioni. Ve ne dico qualcuna per farvi vedere lo spirito che anima questa censura. C'era nella rappresentazione babbo Cicogna che viene a distribuire dei doni a vari uomini politici, una specie di Babbo Natale, e nell'enumerare i regali, dice: « Porto a Nitti il biberon, porto a Scelba una lozion ». Una lozion, perchè Scelba non ha molti capelli (e questo non è un demerito, è... uno stato di fatto). Ora, non crederete, la censura non ha permesso questa allusione. Ha lasciato: « Porto a Nitti il biberon » ma ha corretto: « E a Ruggeri una lozion »! a Ruggeri, perchè di lui è permesso dire che è calvo!

In un altro punto della rivista c'era una frase che a me pare innocua. Il capostazione diceva: « E' arrivato il vescovo ». La censura ha cancellato e ha messo: « E' arrivato il segretario provinciale ».

Ma un caso anche più clamoroso, come chiusa di questa rassegna che potrebbe continuare per delle ore, è quello che è stato raccontato sul « Corriere Lombardo » di qualche mese fa. E' una cosa avvenuta a Modena. La Compagnia Carraro Zoppelli, dopo aver rappresentato a Milano e altrove un giallo comico americano intitolato: *La donna del ritratto,* va a Modena, al Teatro Storchi. Sul manifesto c'è scritto a lettere di scatola: « L'azione ha luogo a New York ». Si tratta di una commedia poliziesca. Naturalmente c'è un poliziotto, del quale e col quale si parla molto. La censura di Roma, questa volta, aveva dato l'imprimatur. Tutto era in regola. Al primo atto una buffa cameriera pronuncia la seguente battuta: « I poliziotti — *si parlava di quelli americani* — non mi fanno paura, sono stata abituata a sputare per terra quando mi capita d'incontrarne uno ». Era un'opinione, che in ogni modo riguardava strettamente la polizia degli Stati Uniti. Ma a Modena è un delitto dichiarare che i poliziotti non fanno paura. Infatti a questo punto della rappresentazione il funzionario di servizio, che era in platea, si precipita sul palcoscenico, chiede di verificare il copione: è tutto in regola; e deve ritirarsi, pel momento. Ma,

appena alzato il sipario sul second'atto, egli ritorna con un vero squadrone. « Arrivano i nostri ». Per la precisione: un tenente, due funzionari, alcuni agenti in divisa e altri in borghese. Il funzionario più alto in grado chiede del direttore della Compagnia e gl'intima di calare il sipario e far finire l'inqualificabile offesa, oltre a condurre alla sua presenza l'attrice colpevole, la cara e candida Clara Auteri, per procedere al suo immediato arresto.

Il giorno dopo, convocati tutti in questura per una salutare lavata di capo. Questi, mie care ascoltatrici, sono i fasti della censura teatrale. Ebbene, stiamo per riavere qualche cosa di simile anche per la stampa.

La libertà di stampa e i problemi della donna

Annullata o limitata la libertà di stampa, sono annullate due libertà fondamentali, su cui si regge la democrazia e la civiltà: cioè la libertà di opinione, che poi vuol dire nel campo politico libertà di opposizione; la libertà di informazione e di cultura, che poi vuol dire ricerca libera della verità e libera espressione dell'arte. Contro tutte le oppressioni, contro tutti i privilegi, contro tutte le corruzioni dei ceti dirigenti, la libertà di stampa è l'arma più potente degli oppressi, che propongono all'opinione pubblica le loro esigenze, le loro rivendicazioni.

Io concepisco la democrazia soprattutto come libertà di opposizione. Dove l'opposizione è soffocata, si marcia verso il totalitarismo. Sopprimere la libertà di stampa, vuol dire sopprimere l'opposizione ed asfissiare la democrazia.

Ma la libertà di stampa è anche l'arma più potente di chi cerca la verità: dello scienziato, del filosofo, dell'artista. Sopprimere la libertà di stampa per colpire l'eresia vuol dire sopprimere la scienza e l'arte e il progresso della cultura, che è progresso della civiltà.

Il diritto di opposizione è in pericolo in un paese dove la polemica politica, ossigeno della democrazia, può essere fatta tacere sotto il pretesto del vilipendio del Governo. La libertà della cultura è in pericolo dove la ricerca filosofica, la storia delle religioni, l'indagine sociologica può esser fatta tacere sotto il pretesto dell'offesa alla morale o alla religione dello Stato. Ed allora possiamo tornare, per concludere, al problema della libertà di stampa visto sotto lo speciale profilo della stampa femminile.

Sussistono problemi sociali e culturali, nell'attuale civiltà, in cui le donne hanno da dire la loro parola, per far trionfare proprie ragioni di emancipazione contro secolari oppressioni, proprie ragioni di verità

contro secolari menzogne? Se sussistono questi problemi, anche la stampa femminile ha bisogno per risolverli della libertà di stampa. E chi limita la libertà di stampa, impedisce alle donne di camminare sulla via della loro liberazione sociale.

Esistono questi problemi? Esistono sfruttamenti di cui le donne, più degli uomini, sono le vittime? Esistono dolori e sofferenze e umiliazioni e condanne che la società presente infligge spietatamente soprattutto alle donne? Esistono problemi politici ed economici e morali che soprattutto le donne sono chiamate a discutere perchè sono i loro problemi?

Si, ve n'è tutta una serie.

Pensate: tutti i problemi relativi alla maternità, alla filiazione, allo stato di famiglia, allo stato dei figli illegittimi, dei figli adulterini, i problemi della educazione sessuale, i problemi della limitazione delle nascite, il problema, ohimè, delle case chiuse... Tutti questi problemi devono esser trattati con la delicatezza, con la sensibilità, ma anche con la spregiudicatezza che solo le donne, le mogli, le madri possono avere. Ma come trattare questi problemi se non c'è una stampa libera? Se c'è una legge che ammette il sequestro di polizia contro gli scritti che divulgano mezzi volti a limitare la procreazione, come impedire che uno sciocco censore scambi per reato ciò che è soltanto un'aperta e umana discussione scientifica?

Il dramma di Caterina Rigoglioso

La stampa ha recentemente raccontato, lo ricorderete, il caso pietoso di una ragazza di Palermo, quella Caterina, domestica, che per cercar lavoro da Palermo viene a servizio a Roma, dove conosce un uomo di cui si innamora; ma appena costui apprende da lei che dal loro amore sta per nascere un bambino, egli si allontana. Allora la ragazza lascia il servizio e torna a casa, a Palermo, da suo padre, e gli racconta il suo dramma: gli confessa la sua imminente maternità. Il padre la scaccia: la figlia per lui è disonorata. Va dalla sorella, a Palermo; la sorella la scaccia: anche per lei è disonorata. Allora torna a Roma: gli agenti la fermano, è disoccupata, ha contravvenuto al foglio di via: la mandano al carcere delle Mantellate. Ma quando s'avvicina il giorno della maternità, quasi che il pagliericcio della prigione fosse un letto troppo di lusso per dare alla luce una creaturina, la cacciano. Si presenta all'ospedale: le dicono « Troppo presto! Troppo presto! »: la scacciano anche di lì. Allora partorisce in mezzo alla strada. La portano al brefotrofio, con la sua creatura. Dopo qualche mese, trova un servizio, cerca una balia che le allevi il figlio, perchè essa deve

fare la domestica: una balia di Ciociaria le chiede settemila lire al mese. Troppe, per lei. Ed allora un giorno alla disperazione, questa povera figliuola si ferma in un giardino di Via Panama, posa la sua creaturina su una panchina e l'abbandona. L'abbandona, ma si nasconde dietro gli arbusti del giardino, per vedere quello che succederà. Di lì a poco, passa una signora, vede il bambino abbandonato, lo prende e pietosamente se lo porta via. E allora la madre, torcendosi le mani, si pente e l'insegue e vuole riavere la sua creatura. La arrestano, le fanno il processo; e trova dei giudici clementi che le danno due mesi e venti giorni per abbandono di neonato, un mese e dieci giorni per contravvenzione al foglio di via.

Contro questa società, contro questa società nella quale la nascita d'un bambino, che vuol dire lo sbocciare di un fiore, diventa una sciagura e un disonore, son le donne soprattutto che devono lottare!

I problemi della religione

Ma come lottare, se non c'è una stampa libera? Ecco come rinasce il problema della libertà di stampa. Ed altri problemi sono specialmente vicini all'anima delle donne: i problemi della religione.

Qualche giorno fa, dopo aver francamente esposto a un amico democristiano tutte le mie obiezioni contro la proposta di riforma elettorale fondata sul premio di maggioranza, gli domandavo se il suo partito era proprio sicuro, anche con quell'espediente, di riuscire a raggiungere la vittoria. Ed egli mi rispose: « Abbiamo la massa dei voti femminili, sui quali siamo certi di poter contare: siamo certi che le donne votano come dicono loro i preti di votare ».

Ora, vedete, qui non si tratta di mettere in discussione la religione, questo sentimento che al par della poesia soprattutto penetra e agisce sull'animo femminile, per la sua maggiore sensibilità, per la sua maggior delicatezza d'intuizione; non si tratta d'invocare la libertà di stampa contro la religione. Qui la libertà di stampa è essenziale, non per combattere la religione, ma per mettere i credenti in condizione di distinguere e scegliere tra le varie fedi, tra le varie religioni e soprattutto tra quello che è religione e quello che è libertà civile, tra quello che è religione in chiesa e quello che è confessionalismo nello Stato.

Non so se voi sapete che in questo periodo si è scatenata in Italia, come in altri paesi, in Columbia, in Spagna, una vera crociata contro i cristiani evangelici, le cui chiese vengono chiuse dalla polizia, a cui si impedisce quella propaganda del loro culto che la Costituzione assicura. Ora, le donne devono essere particolarmente sensibili a queste violenze, che si commettono contro lo spirito, e soprattutto imparare a

distinguere tra religione e politica, tra i riti della Chiesa e gli affari commerciali degli ecclesiastici; l'ossequio al sacerdote officiante e la libertà di voto elettorale; la differenza che c'è tra la Città Celeste e quella che Peguy chiamava la « città carnale ». Chi ha la fede si inginocchia in Chiesa davanti all'altare, ma non dà ascolto alla propaganda elettorale che scende dal pulpito: questo è un altro affare. Ma come spiegare queste distinzioni, se la stampa non è libera? Se ogni discussione in proposito rischia di essere soffocata sotto il sospetto di offesa alla religione dello Stato; e quando c'è, proprio in questo disegno di legge sulla stampa, un'apposita disposizione (art. 1) che svincola da ogni disciplina sulla stampa i Bollettini dell'autorità ecclesiastica cattolica?

Altri problemi, altre rivendicazioni. Il rispetto del principio della parità dei sessi, che è consacrato nell'art. 3 della Costituzione e che oggi si tenta violare in modo clamoroso, escludendo le donne da certi pubblici uffici e specialmente dall'ufficio di giudice popolare, mentre oramai in tutti i paesi civili si è capito che la donna è particolarmente chiamata, per la sua sensibilità e certe sue esperienze familiari di moglie e di madre, a giudicare su certi reati o su certe controversie di indole passionale o familiare.

E poi si presentano i problemi del lavoro, in quei casi in cui è particolarmente impiegata la manodopera femminile: il lavoro nelle risaie, l'industria dei tabacchi. Il principio della parità dei diritti della donna lavoratrice, scritto nell'art. 37 della Costituzione, che a parità di lavoro dovrebbe avere la stessa retribuzione che spetta al lavoratore, si trova scritto sulla carta costituzionale, ma non è accolto nei contratti collettivi.

La stampa e l'educazione dei figli

Ora, lottare per la soluzione democratica di questi problemi è oggi, e sarà domani, compito soprattutto delle donne. Ma per creare nelle donne la consapevolezza di questi problemi, ed il vanto di volerli affrontare e risolvere con le proprie forze, per conquistare da sè la propria emancipazione, occorre la stampa. In questo senso la libertà è una delle esigenze essenziali anche della stampa femminile, perchè anche la stampa femminile deve essere una stampa di lotta e di cultura. E non posso terminare senza ricordare che probabilmente il problema della stampa femminile è tutt'uno con un altro problema, quello della stampa per l'infanzia. Il bambino, i suoi primi orientamenti culturali ed artistici, le prime aperture verso l'umanità e la solidarietà sociale, sono opera della madre più che del padre. L'influsso del padre,

la presenza del padre, si sente più tardi, negli anni della maturità, negli anni della vecchiaia. Succede a tutti gli uomini, negli anni più vicini alla morte, di sentir vivere dentro di sè il padre, di riconoscere in se stessi la coscienza del padre che è morto ma è sempre vivo in chi lo continua. Ma chi crea la gentilezza, il senso della socievolezza nel bambino e nell'adolescente è la tenerezza, è la sensibilità materna. Ora, come è possibile risolvere il problema della stampa per l'infanzia se il figlio non ha accanto a sè la madre che sappia scegliere per lui la lettura più adatta, più rasserenante, più umana?

Per questo il problema della stampa femminile è un problema che riguarda direttamente l'educazione dei figli; perchè la stampa femminile deve esser capace di dare alle madri quella sensibilità che occorre ad esse per scegliere ai loro figli letture che meglio servano a indirizzarli verso la fraternità umana e verso la pace.

XV

SIGNIFICATO COSTITUZIONALE DEL DIRITTO DI SCIOPERO (*)

SOMMARIO: 1. Lo sciopero secondo l'art. 40 della Costituzione; limiti del presente studio. — 2. Diverse possibili figure di rilevanza giuridica dello sciopero: sciopero-delitto, sciopero-libertà, sciopero-diritto. — 3. Carattere collettivo dello sciopero: proclamazione ed esecuzione. — 4. Titolarità del diritto di sciopero: la collettività o il singolo lavoratore? — 5. Lo sciopero, come potere collettivo di proclamarlo. — 6. Lo sciopero, come diritto individuale di attuarlo. — 7. Carattere costituzionale di ambedue questi momenti. — 8. Evoluzione dello sciopero. — 9. Polemica della Costituzione contro l'odierno ordinamento sociale del lavoro. — 10. L'autonomia sindacale, come strumento di trasformazione sociale. — 11. Lo sciopero come mezzo per ristabilire l'equilibrio economico nelle competizioni sindacali. — 12. L'efficacia normativa del potere di sciopero. — 13. Conseguenze giuridiche già acquisite del diritto di sciopero. — 14. Premesse costituzionali delle future leggi regolatrici.

1. — L'art. 40 della nostra Costituzione, secondo il quale « il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano », rappresenta nello stesso tempo, come molti altri articoli della stessa Costituzione, un punto di arrivo e un punto di partenza: un punto di arrivo, in quanto è già in sè una norma giuridica, entrata nell'*ius conditum*, che riconosce come esistente il « diritto di sciopero »; un punto di partenza, in quanto preannuncia le leggi, ancora fluttuanti nel limbo dell'*ius condendum*, che dovranno venire a regolare l'ambito e i modi del suo esercizio.

Il dibattito sul contenuto da dare a tali leggi, che si aprirà se sarà portato in discussione dinanzi al Parlamento il disegno Rubinacci 4 dicembre 1951 n. 2380 (« Disposizioni per la disciplina giuridica dei rapporti di lavoro »), sarà di natura prevalentemente politica, come tutti i dibattiti attinenti all'*ius condendum*. Ma il dibattito politico

(*) [Pubblicato in « Rivista giuridica del lavoro », a. III (1952), pp. 221-244; ristampato in *Studi*, VI, pp. 140-169]. [*Bibliografia*, n. 646].

troverà nella norma dell'art. 40 certi invalicabili limiti giuridici, che oggi la Costituzione ha posto, anche qui, a quella che era un tempo la onnipotenza del legislatore ordinario: può pertanto essere utile, come premessa e introduzione a quella discussione politica, cercar di precisare i limiti di carattere costituzionale che le leggi regolatrici del diritto di sciopero dovranno in ogni caso rispettare.

Durante i lavori preparatorî della Costituente, era stato proposto che il diritto di sciopero fosse oggetto di una formula semplice e categorica, contenente soltanto la sua diretta e incondizionata proclamazione: « E' assicurato a tutti i lavoratori il diritto di sciopero »; oppure: « Tutti i lavoratori hanno diritto di sciopero ». Ma in Assemblea la proclamazione fu attenuata e quasi dissimulata, secondo la proposta dell'on. Merlin, nella formula molto più cauta che diventò poi l'art. 40, nel quale il fulcro, che nell'originaria formula era posto nell'affermazione del diritto di sciopero, fu spostato e concentrato nel preannuncio delle leggi che ne dovranno regolare l'esercizio. Ciò non esclude tuttavia, che, sia pure in questa forma indiretta e quasi si direbbe pudica, anche nell'attuale art. 40 il diritto di sciopero sia riconosciuto, in quanto vi è presupposto.

Si tratta ora appunto di stabilire qual è la consistenza pratica del diritto che i lavoratori hanno già fin d'ora acquisito in forza del riconoscimento contenuto nell'art. 40, e di tracciare i confini entro i quali le future leggi regolatrici dovranno mantenersi per non ritogliere o diminuire ciò che la Costituzione ha già dato: in che senso ed entro quali limiti lo sciopero è già fin d'ora un diritto? perchè questo diritto è stato ritenuto così fondamentale, da inserire il suo riconoscimento nella Costituzione? qual è il significato e la portata pratica del carattere « costituzionale » che in tal modo si è dato a questo diritto?

2. — Gli svariati atteggiamenti che un ordinamento giuridico può adottare di fronte allo sciopero, ossia la diversa rilevanza giuridica che allo sciopero può essere attribuita dalle legislazioni positive, si possono classificare secondo tre tipi, ai quali, per brevità, si possono far corrispondere tre denominazioni, quasi si direbbe tre sigle: *sciopero-delitto, sciopero-libertà, sciopero-diritto.*

Bisogna intanto premettere (son nozioni elementari che basta appena richiamare) che la rilevanza giuridica dello sciopero può esser considerata su due diversi piani: sul piano individuale e sul piano collettivo.

Lo sciopero, a guardarlo da vicino, nel momento in cui si attua, si polverizza in una somma amorfa di astensioni individuali dal lavoro: una pluralità di scioperanti, ognuno dei quali compie per conto suo il gesto di abbandonare il *proprio* lavoro e produce con questa

sua astensione certe conseguenze nel ristretto ambito del rapporto interindividuale che personalmente lo vincola al proprio imprenditore in forza del contratto di lavoro. Ma la rilevanza tipica dello sciopero non si può cogliere dall'interno del singolo rapporto: l'astensione dal lavoro del singolo scioperante, che in sè ha soltanto un valore negativo di inattività di fronte all'obbligazione individuale di lavorare, entra a costituire il fatto *positivo* dello sciopero solo quando il gesto individuale sia guardato a distanza, come particolare di un panorama, e messo in relazione coi gesti omogenei degli altri scioperanti. Le astensioni individuali sono espressione di un'unica deliberazione collettiva, e mirano tutte al conseguimento dello stesso scopo collettivo: solo in forza di questa comunanza di volontà e di scopi, i gesti individuali si ricollegano a formare un fenomeno unico, di « massa », come preordinazione, coordinazione e organizzazione di astensioni individuali dal lavoro effettuate contemporaneamente, per volontà e scopo comune, da tutti i lavoratori appartenenti a una certa collettività.

Nello sciopero, considerato come fenomeno collettivo, entrano in giuoco e vengono in urto interessi di diversa natura e di diverso ambito: nell'interno di ogni singolo rapporto di lavoro, vengono in conflitto l'interesse *individuale* dello scioperante, che non vuol lavorare, coll'interesse individuale dell'imprenditore, che per contratto ha diritto alla prestazione di lavoro; al di sopra dei singoli rapporti di lavoro, l'interesse *collettivo* della categoria di lavoratori che attraverso lo sciopero dei suoi componenti mira a raggiungere certi scopi di carattere sindacale, viene in conflitto coll'interesse collettivo della opposta categoria di imprenditori; e ancor più in alto, al di fuori di questo conflitto sindacale, si trova messo in pericolo l'interesse *generale* di tutti i cittadini, non appartenenti ad alcuna delle categorie in conflitto ma colpiti dalle ripercussioni di ordine economico da esso generate.

I vari sistemi che si trovano adottati dalle legislazioni nel regolamento giuridico dello sciopero dipendono dalla graduatoria di rilevanza stabilita dal legislatore tra questi diversi ordini di interessi. Se lo Stato vede nello sciopero soprattutto il perturbamento generale dell'economia e della pace sociale, lo vieta per motivi di ordine pubblico e lo punisce come delitto; se vede nello sciopero soltanto una somma di infrazioni ad altrettanti contratti individuali di lavoro, trascura lo sciopero come fatto collettivo e lo risolve in una pluralità di inadempienze contrattuali, contro le quali reputa sufficienti, caso per caso, le ordinarie sanzioni del diritto privato; se poi ritiene che al disopra dei singoli interessi contrattuali, ed anche in contrasto coll'interesse generale dei cittadini non partecipanti al conflitto sindacale, abbia rilevanza il soddisfacimento di quegli interessi sindacali

dai quali lo sciopero è mosso, allora concepisce lo sciopero come l'esercizio di un vero e proprio diritto.

Si hanno così tre diverse concezioni dello sciopero, secondo il diverso valore sociale che lo Stato gli attribuisce: secondo che lo sciopero sia considerato come un fatto socialmente dannoso, o come socialmente indifferente, o come socialmente utile, lo sciopero è *vietato, permesso, protetto*: il che corrisponde, come sopra si è detto, alle tre figure dello « sciopero-delitto », « sciopero-libertà », « sciopero-diritto ».

Queste tre diverse figure sono espressione di tre diverse concezioni politiche dello Stato.

Lo « sciopero-delitto » si inquadra in una concezione paternalistica e *autoritaria* dello Stato; così avveniva nel regime « corporativo » fascista, in cui, mentre lo Stato istituiva da una parte appositi organi pubblici per risolvere d'autorità i conflitti collettivi del lavoro, puniva dall'altra lo sciopero come delitto contro la economia pubblica (articolo 502 e segg. C. pen. fascista).

Lo « sciopero-libertà » corrisponde alla concezione dello Stato *liberale*. Lo Stato si disinteressa dello sciopero, finchè esso non dia luogo a violenze o a turbamenti dell'ordine pubblico in cui si ravvisino gli estremi di altri delitti; finchè lo sciopero si mantiene nei limiti della lotta tra categorie economiche, alla quale lo Stato vuol assistere come semplice spettatore: e solo in via eccezionale vi può intervenire come garante di libertà. Le categorie in conflitto sono, per lo Stato, contraenti liberi di fare come meglio credono gli affari loro; i loro disaccordi, la tattica ch'esse credono di dover tenere durante le trattative, la riuscita o il fallimento di queste, rientrano in quel campo della libertà contrattuale in cui lo Stato non si ingerisce. La libertà di scioperare non è che una delle espressioni della libertà del singolo di fare tutto quello che non è vietato dalle leggi: non esiste, nei confronti dello Stato, un dovere pubblico di lavorare; nello Stato liberale, come vi è, per chi può, la libertà di stare in ozio, così vi è per il lavoratore, se vuole, la libertà di scioperare. Se poi non lavorando lo scioperante perde la paga e resta senza pane, o se colla sua astensione dal lavoro incorre nelle sanzioni con cui il diritto privato colpisce l'inadempienza contrattuale (come potrebb'essere il licenziamento), questa non è che la conseguenza logica di quel principio di responsabilità che è uno degli aspetti inseparabili della libertà, e che ne rappresenta, per così dire, il costo.

Vi è finalmente la figura dello « sciopero-diritto »: corrispondente ad una concezione dello Stato, che si potrebbe chiamare *sindacalista*.

Qui bisogna fermarsi, perchè proprio qui si entra nel vivo del problema: stabilire in che senso lo sciopero, secondo questa concezione, è un diritto, e sotto quali aspetti lo sciopero-diritto si distingua

dallo sciopero-libertà, ossia lo sciopero protetto dallo sciopero semplicemente permesso; e soprattutto stabilire perchè a questo diritto di sciopero, coll'inserirne il riconoscimento nella Costituzione, si sia voluto attribuire rilevanza *costituzionale*.

3. — Si presenta prima di tutto l'indagine sulla struttura giuridico-politica del diritto di sciopero: l'individuazione del soggetto a cui spetta, la determinazione del suo contenuto.

Qui bisogna spingere più a fondo, soprattutto per precisarne la portata giuridica, la osservazione già fatta, e del resto ovvia, del carattere *collettivo* dello sciopero: il quale è essenziale per la nozione di questo diritto.

Lo sciopero, considerato nel microcosmo del singolo rapporto di lavoro, si presenta come un atto individuale del lavoratore, che volontariamente si astiene dal lavoro: ma a dare a questa astensione individuale dal lavoro il carattere specifico di sciopero non basta la qualificazione di sciopero che ad essa dia chi la compie. Il singolo lavoratore non può diventare scioperante per sola sua volontà: la sua sola volontà gli basta per astenersi dal lavoro; ma, perchè questa sua astensione individuale assuma il titolo giuridico di sciopero, occorre l'intervento di una volontà che sta al di fuori di lui e del singolo rapporto di lavoro, cioè di una volontà *collettiva* di quel gruppo professionale di cui il singolo lavoratore fa parte.

Questo carattere collettivo, che trasforma l'astensione individuale in sciopero, non è dato dal fatto, puramente aritmetico, che astensioni dal lavoro siano contemporaneamente compiute da una pluralità di operai: se dieci operai in giorno di lavoro vanno a fare una passeggiata in campagna, non si dirà che, sol perchè sono in dieci, la scampagnata diventi uno sciopero. Affinchè la astensione individuale dal lavoro diventi sciopero, occorre che essa sia motivata in ogni scioperante non da un interesse individuale, ma da un interesse comune alla collettività professionale della quale il singolo fa parte: e la valutazione di questo interesse comune non è rilasciata alla volontà del singolo, ma è riservata alla deliberazione della collettività alla quale l'interesse appartiene.

L'astensione individuale dal lavoro può aspirare ad essere qualificata come sciopero in quanto sia stata preceduta da una deliberazione della collettività professionale, la quale abbia riconosciuto che l'interesse sindacale richiede che i lavoratori della categoria si mettano in sciopero. E' la collettività che, invitando i propri appartenenti ad astenersi in massa dal lavoro (cioè, come si dice, « proclamando » lo sciopero), crea in questo modo quella situazione giuridica di effetto collettivo, che permette a tutti i suoi appartenenti di accettare l'invito

e di abbandonare il lavoro non più a titolo di isolati inadempienti, ma a titolo di solidali scioperanti. Lo sciopero è un atto di volontaria solidarietà sindacale, con cui i singoli rispondono all'invito del sindacato: è questo *stato di allarme sindacale,* creato fra i singoli dalla proclamazione collettiva di sciopero, che dà una speciale qualificazione giuridica all'astensione individuale dal lavoro con cui il singolo risponde a quella chiamata.

Così, in quanto è preceduta dalla « proclamazione » di sciopero, l'astensione individuale, fatta per aderire all'invito sindacale, cessa di essere un fatto individuale, valutabile soltanto nel ristretto ambito del singolo rapporto di lavoro, e sale al livello di un atto di solidarietà e di tutela collettiva, in cui ogni scioperante sacrifica il proprio interesse individuale per diventare difensore di un interesse superiore di categoria. Il singolo lavoratore non sciopera per conto proprio, sciopera *per conto della collettività sindacale;* l'astensione dal lavoro cessa di essere un fatto egoistico meramente negativo e diventa una manifestazione positiva di operoso altruismo sindacale.

E' proprio in questo passaggio dal piano dell'interesse individuale a quello più vasto dell'interesse sindacale che la astensione dal lavoro assume una specifica rilevanza giuridica, e diventa, anche giuridicamente, uno « sciopero ». Solo nella concezione dello sciopero-libertà il carattere collettivo dello sciopero non è preso in considerazione dal diritto: lo sciopero, anche se proclamato ed attuato a tutela di un interesse sindacale, è considerato soltanto come una somma disorganica di astensioni individuali, ognuna delle quali ha la sua propria rilevanza soltanto nell'ambito contrattuale del singolo rapporto di lavoro. Ma il carattere collettivo è essenziale nel sistema dello sciopero-delitto e in quello dello sciopero-diritto: nel primo il carattere collettivo dell'astensione dal lavoro funziona, per così dire, da circostanza aggravante, in quanto la astensione dal lavoro, che individualmente considerata sarebbe soltanto un illecito contrattuale, diventa, per il suo carattere collettivo, un reato (1); nel secondo il carattere collettivo funziona invece, per così dire, da circostanza scusante, in quanto la astensione individuale che, in sè considerata, sarebbe una inadempienza contrattuale, cessa, in forza della proclamazione di sciopero, di essere anche un semplice illecito civile.

La rilevanza giuridica dello sciopero è data dunque, più che

---

(1) Per l'art. 502 Cod. pen. l'abbandono del lavoro diventava sciopero punibile quando fosse commesso da lavoratori « che in numero di tre o più abbandonano collettivamente il lavoro »: qui agli effetti penali, il carattere collettivo dello sciopero era considerato, più che nel momento della proclamazione, in quello della esecuzione.

dal numero di coloro che abbandonano effettivamente il lavoro, dalla previa deliberazione collettiva della quale gli scioperanti, qualunque ne sia il numero, sono successivamente gli esecutori (2). Lo sciopero è giuridicamente un fatto collettivo, non tanto perchè sia collettiva la sua esecuzione, quanto perchè *deve essere collettiva la sua proclamazione.*

Dalla proclamazione di sciopero da parte della collettività sindacale si inizia, nell'ambito degli appartenenti a questa collettività, uno « stato di sciopero », durante il quale la astensione individuale dal lavoro assume una rilevanza ed una qualificazione giuridica diversa da quella che, nel campo strettamente contrattuale, aveva prima di quella proclamazione; vi è qui una remota analogia con quello che avviene in caso di dichiarazione di guerra, quando, in seguito alla proclamazione dello « stato di guerra », i criterî di valutazione giuridica di attività collettive e individuali si trovano, nel campo internazionale ed in quello interno, profondamente alterati, e può accadere che ciò che in tempo di pace sarebbe stato un delitto, diventi in tempo di guerra l'esercizio di un diritto o addirittura l'adempimento di un dovere (o viceversa).

La natura del diritto di sciopero non può essere esattamente definita se non si metta nella dovuta evidenza la importanza essenziale che ha il momento della proclamazione. Proclamare lo sciopero vuol dire creare uno stato giuridico in forza del quale d'ora innanzi le astensioni individuali dal lavoro cesseranno di essere inadempienze e diventeranno esercizio di un diritto; significa creare in concreto, in tutti gli appartenenti alla categoria, *la possibilità di astenersi legittimamente dal lavoro a titolo di sciopero, senza esporsi alle conseguenze contrattuali dell'inadempienza.*

Si capisce quindi come sia importante e delicato stabilire quali siano le collettività professionali fornite di questo potere di creare, colla loro deliberazione, questa possibilità, cioè lo « stato di sciopero ». Questo è un punto che rimane fuori dalla mia indagine, e che la legge ordinaria dovrà attentamente regolare, in relazione non soltanto coll'art. 40, ma anche coll'art. 39 della Costituzione (3).

4. — Posta questa premessa (non si ha sciopero in senso giuridico senza previa proclamazione collettiva di sciopero) si può tornare al

---

(2) Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro,* 5ª ed., 1951, n. 23.

(3) Nel disegno Rubinacci è stabilito, art. 27: « ... Lo sciopero si esercita « mercè astensione collettiva dal lavoro. Esso deve essere proclamato da una o più « associazioni sindacali registrate dei lavoratori, con un preavviso di 48 ore alle « associazioni sindacali registrate dei datori di lavoro ».

problema della struttura giuridica del diritto di sciopero. Chi è il titolare di questo diritto? la collettività (associazione sindacale) che proclama lo sciopero per tutta la categoria, o il singolo scioperante che lo esegue, servendosi individualmente della situazione giuridica creata da quella deliberazione? E se si ritiene che il diritto di sciopero spetti al singolo, in che relazione sta questo diritto individuale con quella proclamazione collettiva, in mancanza della quale l'astensione individuale dal lavoro, anzichè esercizio di un diritto, continua ad essere un illecito contrattuale?

Secondo il SANTORO PASSARELLI (4), titolare del diritto di sciopero è il singolo scioperante: la proclamazione dello sciopero da parte della collettività professionale (che ha la natura di un « negozio giuridico collettivo unilaterale di autorizzazione ») non è che una condizione di quel diritto. Questo diritto individuale di sciopero è un diritto potestativo (*Gestaltungsrecht*), in virtù del quale basta la sola volontà unilaterale dello scioperante a produrre a suo favore una modificazione del contratto di lavoro che l'altro contraente deve subire, cioè a sospendere lecitamente, finchè duri lo sciopero e senza che il datore di lavoro possa far nulla per impedirlo, l'adempimento del proprio obbligo contrattuale di lavoro. Questo diritto individuale di sospendere per determinazione unilaterale il rapporto di lavoro è dato a tutela non di un interesse individuale, ma di un interesse collettivo del quale lo stesso scioperante è partecipe: per questo potrebbe definirsi come diritto soggettivo *collettivo*, cioè come potere individuale di far valere un interesse *collettivo*, allo stesso modo che il diritto soggettivo pubblico è il potere individuale di far valere un *interesse generale*.

Diversa è la concezione del SICA (5) il quale pur riconoscendo la natura potestativa del diritto di sciopero, nel quale anch'egli vede un potere unilaterale di modificare il contratto di lavoro nel senso di render lecita, quando è per causa di sciopero, quella volontaria astensione dal lavoro che per contratto sarebbe una inadempienza, ritiene però che titolare di tale potere sia non il singolo scioperante, ma la collettività professionale che proclama lo sciopero: la efficacia « normativa » dello sciopero (« normativa » in quanto « incide sulle norme contrattuali sospendendone l'efficacia ») si ricollega infatti non all'atto del singolo che sciopera, ma all'atto della collettività che, valutando l'interesse collettivo, proclama lo sciopero a tutela di questo interesse.

---

(4) *Nozioni dir. lavoro*, cit., n. 23; e *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, IV, 437 e segg., nn. 8 e 9.

(5) *Il diritto di sciopero nell'ord. costituzionale italiano*, estr. dalla « Rassegna di dir. pubblico », II, 1950.

Cosicchè egli definisce il diritto di sciopero, sancito dall'art. 40 della Costituzione, come « il potere di sospendere l'efficacia delle norme « contrattuali che regolano e svolgono il rapporto di lavoro, attribuito « alla collettività dei lavoratori parte del rapporto » (6).

Ho l'impressione che ambedue queste concezioni siano, in senso opposto, manchevoli: in quanto, pur vedendo il fenomeno nella sua interezza, ne mettono in luce, l'una in senso opposto all'altra, soltanto un aspetto parziale, trascurando il resto, che è ugualmente essenziale.

5. — Secondo me la norma dell'art. 40, quando riconosce, in quel modo indiretto che abbiamo visto, il « diritto di sciopero », adopra in questa frase una espressione ellittica e sintetica, che l'interprete deve scindere e precisare nei varî momenti corrispondenti al sistema sindacale previsto dall'art. 39. Il diritto di sciopero, in tale sistema, non consiste soltanto nel potere della collettività professionale di proclamare lo sciopero, nè soltanto nella libertà del singolo di astenersi dal lavoro quando lo sciopero è stato proclamato; ma nella successione e nella combinazione di questi due momenti che si integrano a vicenda, e, si potrebbe dire, nel *procedimento* con cui si susseguono.

Diritto soggettivo (anche quella categoria di diritti soggettivi che sono i diritti potestativi) in ogni caso, s'io non erro, vuol dire potere del titolare di valutare in concreto la esistenza e la esigenza dell'interesse tutelato: anche se l'interesse tutelato non è un interesse individuale proprio del titolare del diritto (come avviene nel caso dei diritti soggettivi pubblici), la valutazione concreta dell'interesse pubblico e dell'opportunità di agire a tutela di esso è rilasciata alla volontà del singolo. Ora, a chi concepisca il diritto di sciopero come un diritto individuale del singolo lavoratore, sia pure dato a tutela di un interesse collettivo, sembra facile obiettare che il singolo lavoratore non ha il potere di valutare in concreto se l'interesse collettivo esige lo sciopero e se il mettersi in sciopero corrisponde in quel caso all'interesse collettivo: la valutazione in concreto della esistenza e della esigenza dell'interesse collettivo è preclusa al singolo, è demandata alla collettività professionale, dalla cui volontà e non dalla volontà individuale dipende decidere se lo sciopero sia opportuno, e quindi se l'astensione individuale dal lavoro possa diventare, in vista di tale opportunità, legittima. Sembra pertanto che considerare la proclamazione collettiva dello sciopero come una « autorizzazione » o come una « condizione » di esercizio del diritto individuale di sciopero significhi ridurre la proclamazione al di sotto della sua importanza. L'effetto « normativo »

(6) Cfr. Sica, *scritto cit.*, n. 12.

dello sciopero (sospensione dell'obbligazione contrattuale di lavoro) deriva interamente ed unicamente dalla proclamazione. L'« autorizzazione » è, di solito, integrazione di una valutazione di interesse affidata in primo luogo allo stesso soggetto che chiede di essere autorizzato; invece, nel caso dello sciopero, non è il singolo scioperante che, riconoscendo l'opportunità dello sciopero, chiede alla collettività di autorizzarlo a scioperare, ma è la collettività che, avendo valutato per suo conto l'interesse collettivo, proclama lo sciopero e in questo modo crea, per tutti gli appartenenti alla categoria, la possibilità di astenersi dal lavoro a titolo di sciopero, senza violare il contratto; al singolo non resta altro che profittare, se vuole, di questa possibilità creata da una valutazione dell'interesse collettivo già compiuta ed operativa all'infuori di lui, prima che egli si decida ad abbandonare il lavoro.

Il « diritto di sciopero » garantito dalla Costituzione è dunque prima di tutto potere delle collettività professionali (costituite e qualificate come sarà stabilito, in conformità dell'art. 39, dalla legge ordinaria) di proclamare lo sciopero, coll'effetto di render legittima, per tutta la generalità dei loro appartenenti, la astensione dal lavoro.

6. — Ma il riconoscer questo, deve portarci ad escludere che esista anche un diritto di sciopero individuale? Direi di no: esiste nel singolo il diritto di abbandonare il lavoro valendosi di quella possibilità che gli deriva dalla già avvenuta ed operativa proclamazione di sciopero; ma non mi pare che a questo diritto individuale si addica quella qualificazione di diritto potestativo nel senso voluto dal Santoro Passarelli, poichè l'effetto modificativo del rapporto di lavoro non si riconnette all'esercizio di questo diritto individuale, ma risale, come si è detto, alla proclamazione collettiva di sciopero.

Fin da quando lo sciopero è proclamato, in tutti i contratti individuali degli appartenenti alla categoria rimane implicitamente bloccata la disposizione, secondo la quale la astensione dal lavoro è normalmente un illecito contrattuale. Da quel momento l'astensione a titolo di sciopero diventa lecita: è la proclamazione collettiva che *immunizza,* per così dire, il singolo scioperante dalle conseguenze contrattuali della sua astensione dal lavoro. Il singolo, anche dopo, rimane libero di scioperare o di non scioperare, di aderire o non aderire all'invito di sciopero; ma se decide di aderire, egli non crea con questo la propria immunità, ma si limita a profittare di una immunità già creata in generale, colla proclamazione di sciopero per tutta la categoria.

Naturalmente anche questa facoltà di eseguire individualmente lo sciopero già collettivamente proclamato, è un diritto individuale che la Costituzione protegge; ma lo protegge, in questo momento,

non più come potere « normativo » di modificazione dei rapporti contrattuali, ma come libertà individuale di agire in conformità del contratto già modificato. Ogni contraente è libero di agire nei limiti del lecito contrattuale e di valersi delle facoltà riconosciutegli dal contratto. Dopo la proclamazione collettiva dello sciopero, il singolo contratto di lavoro si trova implicitamente modificato nel senso che vi è stata inserita come lecita la provvisoria facoltà del lavoratore di astenersi dal lavoro a titolo di sciopero: può darsi che il lavoratore, per considerazioni di interesse individuale (perchè non vuol perdere la paga dei giorni di sciopero; perchè non è d'accordo colla maggioranza che ha proclamato lo sciopero; perchè non vuole inimicarsi il padrone) non voglia valersi di questa facoltà; può darsi che voglia valersene. La proclamazione di sciopero non è un ordine a cui il lavoratore abbia il dovere di uniformarsi; è un invito, una proposta, a cui può aderire o non aderire a sua discrezione. In questa libertà di scelta è il diritto individuale di sciopero, in forza del quale, anche dopo la proclamazione dello sciopero, rimane affidata alla volontà del singolo la valutazione della *convenienza individuale* di entrare in sciopero (7).

Potere collettivo di proclamare lo sciopero; libertà individuale di valersi della facoltà di sciopero creata dalla proclamazione (di aderire all'invito in essa contenuto), questi sono i due elementi reciprocamente complementari e inscindibili che danno la complessa nozione del « diritto di sciopero » accolta dall'articolo 40 della nostra Costituzione.

7. — Questo « diritto di sciopero » è dichiarato nella Costituzione: in questo modo esso entra a far parte di quei diritti costituzionali « fondamentali » (8) che, posti dalla Costituzione come base dell'ordinamento dello Stato (*Grundrechte*), non possono essere nè soppressi nè modificati dal legislatore ordinario (9).

E' noto che la dichiarazione di un diritto nella carta costituzionale non significa soltanto riconoscimento di una sua speciale rilevanza politica, e assunzione di esso fra gli elementi tipici che servono a individuare politicamente quell'ordinamento, ma significa anche attribuzione a quel diritto di un più alto grado di resistenza giuridica; in

---

(7) Cfr. per questa concezione dello sciopero come diritto individuale di libertà, BASCHIERI in *La Costituzione italiana*, Firenze, 1949, pagg. 212 e segg.

(8) Cfr. VIRGA, *Dir. costituz.*, pag. 360 e 381.

(9) Il diritto di sciopero si trova riconosciuto come diritto costituzionale, oltrechè nel preambolo della Costituzione francese del 1946, da cui il nostro art. 40 direttamente è stato ricopiato, nella Costituzione messicana del 1947 (art. 123) e nella Costituzione dell'Uruguay.

quanto, col farne oggetto di una norma costituzionale, è implicitamente affermata la illegittimità costituzionale, quindi la inefficacia, di ogni legge ordinaria che mirasse a disconoscerlo o a menomarlo.

Il diritto di sciopero viene ad essere per questo una delle pietre angolari dell'ordinamento costituzionale italiano; cercar di menomarlo, vorrebbe dire attentare alla integrità della Costituzione. In forza di questo suo carattere costituzionale il diritto di sciopero è giuridicamente tutelato, come tutti i diritti iscritti nella Costituzione, non solo contro le violazioni individuali (come quella, ad esempio, del datore di lavoro che pretendesse di licenziare il lavoratore perchè ha scioperato), ma altresì contro le violazioni commesse dalle pubbliche autorità, ed anche contro le violazioni legislative, cioè contro ogni menomazione di questo diritto che gli organi legislativi pretendessero di introdurre, senza seguire lo speciale procedimento previsto per le revisioni costituzionali. Sotto questo angolo visuale il diritto di sciopero può essere considerato, alla pari dei veri e propri diritti individuali di libertà, come un diritto *verso lo Stato* a cui corrisponde, da parte dello Stato, un obbligo di astensione: diritto a che lo Stato si astenga da qualsiasi provvedimento, anche legislativo, che tenda a restringere o a menomare la libertà di sciopero garantita ad ogni lavoratore dall'art. 40 della Costituzione.

La rilevanza costituzionale del diritto di sciopero, colle garanzie ad essa inerenti, si estende a ambedue i momenti nei quali il procedimento di sciopero si distingue: al potere collettivo di proclamare lo sciopero e alla libertà individuale di aderirvi.

L'art. 40 della Costituzione sarebbe ugualmente violato, e le garanzie contro la violazione sarebbero ugualmente invocabili, tanto se si volesse negare o restringere il potere delle collettività sindacali di proclamare lo sciopero cogli effetti « normativi » sopra indicati, quanto se si volesse menomare la libertà del singolo di profittare, abbandonando il lavoro, dello « stato di sciopero » creato dalla proclamazione.

Si immagini, per assurda ipotesi, una legge la quale, pur figurando di riconoscere alle associazioni sindacali il potere di proclamare lo sciopero, prescrivesse però che la proclamazione debba esser preceduta dalla autorizzazione di una pubblica autorità: è evidente che, quando una siffatta legge avesse paralizzato ed asservito il potere di sciopero nel momento della proclamazione collettiva, non sarebbe serio sostenere che il diritto individuale di sciopero rimarrebbe intatto, solo perchè, quando la proclamazione fosse stata autorizzata, i lavoratori continuerebbero ad essere, come prima, liberi di scioperare. Affinchè vi sia nei singoli una effettiva libertà di sciopero, occorre che il potere di proclamarlo sia riconosciuto senza vincoli alla collettività professionale di cui essi fanno parte: altrimenti, attraverso la soppres-

sione del potere di proclamazione collettiva, si colpisce a morte la libertà di sciopero individuale. Evidentemente il diritto individuale di sciopero si ridurrebbe ad una beffa, se fosse lecito esercitarlo solo quando lo sciopero fosse stato proclamato col beneplacito della polizia!

E viceversa sarebbe inutile lasciare intatto nominalmente il potere di proclamazione collettiva di sciopero, se si limitasse poi in concreto la libertà individuale di aderirvi e si continuasse a colpire l'adesione individuale colle sanzioni contrattuali della inadempienza. In particolare questo potrebbe avvenire (e forse nella pratica già comincia ad avvenire) se nei contratti collettivi, o soprattutto nei contratti individuali, gli imprenditori pretendessero di inserire, e costringessero i lavoratori ad accettare, clausole limitatrici del diritto individuale di sciopero, nelle quali fosse imposto l'impegno del lavoratore di non aderire agli scioperi proclamati dalla sua categoria, e la violazione di tale impegno fosse prevista come giusta causa di licenziamento.

Non v'ha dubbio che tali clausole sarebbero nulle (art. 1344, 1418, 2113 Cod. civ.); ma è opportuno sorvegliare fin d'ora, prima che la giurisprudenza abbia occasione di pronunciarsi su casi concreti, anche questa possibile via di scalata contro il diritto costituzionale di sciopero.

8. — E qui viene fatto di chiedersi per quale profonda evoluzione di concezioni sociali e politiche lo sciopero, questa arma rivoluzionaria della lotta di classe, sia arrivato ad assumere nella Costituzione italiana, come già, prima che in essa, in altre costituzioni, non soltanto la struttura giuridica di un diritto, ma addirittura la importanza di un diritto fondamentale, protetto come tale dalla garanzia costituzionale.

Per arrivare a tanto non è bastato adattarsi a considerare lo sciopero, già condannato un tempo come un sovvertimento rivoluzionario della pace sociale, come un fenomeno socialmente non dannoso, e quindi irrilevante per l'interesse generale (il che avrebbe portato soltanto ad abbandonare l'antica concezione che lo considerava come un delitto e ad accettare la concezione dello sciopero-libertà); ma si è dovuto addirittura spingersi a considerarlo, entro certi limiti, un fenomeno *socialmente utile e benefico*: tale da meritare non solo di essere permesso, ma di essere protetto, cioè *incoraggiato*. In verità, quantunque lo sciopero sia, nella intenzione di chi lo attua, preordinato a tutela di un interesse collettivo ma non generale (ed anzi, occorrendo in contrasto coll'interesse generale, interesse di una categoria professionale, anche se in contrasto con quello della generalità dei cittadini), l'assunzione dei diritti di sciopero tra i diritti fondamentali costituzionalmente garantiti dimostra che l'interesse collettivo professionale è stato inalzato qui, nella Costituzione, ad interesse generale; com'è avvenuto per tutti gli altri diritti di libertà costituzionalmente

garantiti, la cui protezione, quantunque essi abbiano la struttura di diritti individuali, è considerata come essenziale per l'esistenza dello Stato, e quindi tipicamente di interesse pubblico.

Questa graduale ascensione dello sciopero, che dal piano rivoluzionario lo ha portato sul piano della normalità fino a farlo diventare uno dei procedimenti della legalità costituzionale, merita di essere attentamente considerata: perchè essa presenta alcuni aspetti che, a prima vista, possono parere paradossali.

In origine lo sciopero è un mezzo di lotta sindacale, con cui i lavoratori cercano nella coalizione il rimedio della inferiorità economica in cui si trovano di fronte agli imprenditori. Poichè in regime di libertà contrattuale lo Stato non protegge i lavoratori contro le imposizioni degli imprenditori economicamente più forti, i lavoratori si uniscono nella contemporanea astensione dal lavoro, in modo che la loro inattività collettiva, che costringe le fabbriche a chiudersi e ferma la produzione, costituisca per gli imprenditori una tale minaccia, da costringerli alla fine, per evitare il protrarsi del danno, a concedere ai lavoratori i miglioramenti da essi reclamati. Lo sciopero si presenta così, nel suo aspetto puramente sindacale, come un mezzo di coazione psicologica collettiva adoprato dai lavoratori per ristabilire nella fase precontrattuale l'equilibrio economico delle trattative, e per indurre la controparte a prendere in considerazione le condizioni da loro reclamate: in quanto lo sciopero raggiunge il suo scopo, il suo epilogo è la stipulazione di un nuovo contratto, che mette fine al conflitto collettivo.

Ma lo sciopero tende poi ad uscire dal terreno sindacale, in cui funziona, si potrebbe dire, come « metodo di coazione psicologica precontrattuale » e ad allargarsi nel campo politico, fino a diventare, col mito dello sciopero generale, strumento di lotta rivoluzionaria per la conquista dello Stato.

In ambedue queste espressioni, sciopero sindacale e sciopero politico, il ricorso allo sciopero implica in ogni caso la sfiducia dei lavoratori nei meccanismi giuridici dello Stato « borghese »: i lavoratori sono convinti che per dare sodisfazione alle loro rivendicazioni, a cominciar da quelle più modeste di migliori patti di lavoro fino a quelle più superbe della conquista del potere, nulla ci sia da sperare dagli insidiosi meccanismi del sistema democratico parlamentare, in cui la uguaglianza giuridica di tutti i cittadini è di fatto distrutta dalla disuguaglianza economica: e che a un certo punto i lavoratori debbano attendere tutto dall'« incrociare le braccia ».

Se ciò è esatto, il tentativo di inserire lo sciopero, strumento della lotta di classe, nella legalità di uno Stato « borghese » può parere un controsenso; ed è lecito chiedersi come possa conciliarsi la pratica

della lotta di classe e la sfiducia nello Stato che le sta a base, coll'inserimento dello sciopero tra i meccanismi costituzionali proprî di quello Stato, che è oggetto di tale sfiducia.

9. — La apparente stranezza di questo « addomesticamento » costituzionale di un procedimento nato come ribellione alla legalità costituita, trova la sua spiegazione in altre norme della Costituzione, al lume delle quali deve essere inteso il diritto di sciopero dell'art. 40.

E' noto che nelle Costituzioni sopravvive la polemica contro i regimi aboliti: certe proclamazioni di libertà, che sembrerebbero oggi superflue, si spiegano storicamente come proteste contro i passati arbitrî della tirannia appena rovesciata, consacrate nelle carte costituzionali quand'era ancor bruciante la rivolta contro la oppressione.

Ma nella Costituzione italiana non vi è soltanto la polemica contro il recente passato, e l'impegno contro la sua resurrezione; vi è altresì, diffusa ed affiorante specialmente nelle disposizioni della parte prima, *la polemica contro il presente, e l'impegno per la sua graduale trasformazione.* Questo è un punto che finora non sembra essere stato inteso nel suo valore essenziale.

La Costituzione italiana è la consacrazione di una rivoluzione politica già compiuta, la instaurazione della repubblica democratica sulle macerie della monarchia fascista: e numerose sono le disposizioni dalle quali traspare la polemica ancora viva contro questo passato. Ma la Costituzione italiana è altresì il documento di una rivoluzione sociale, *meglio che mancata, non ancora compiuta*: non compiuta nel presente, ma *promessa per l'avvenire*; essa significa dunque non soltanto la condanna passata in giudicato di un regime politico che non esiste più, ma altresì la condanna in futuro di un regime economico *che esiste tuttora.*

Questo è il singolare carattere della nostra Costituzione (e di tutte le moderne costituzioni che contengano disposizioni programmatiche sui cosiddetti « diritti sociali »): che essa non è soltanto un bollettino di vittoria contro i privilegi politici già travolti col crollo della dittatura, ma altresì un piano di battaglia contro i privilegi economici sui quali tuttora è costruita la società in cui viviamo. La nostra Costituzione dà il fedele ritratto di una società in trasformazione, che non può sopravvivere così: già le più doloranti ingiustizie vi si trovano denunciate; e molte disposizioni programmatiche di essa sembrano fatte per indicare, come nei piani edilizi, le zone di risanamento, destinate prima alle demolizioni e poi alle ricostruzioni.

Questo è avvenuto perchè l'Assemblea costituente, sorta nella speranza del popolo non solo per registrare una rivoluzione politica già avvenuta, ma altresì per aprire il varco ad una rivoluzione sociale

ancora da avvenire, si accorse, dopo un anno di lavoro legislativo, che per questo secondo compito non le bastavan le forze; e allora dovette limitarsi a consacrare in una serie di norme programmatiche questa promessa di trasformazione sociale, e ad affidare ai legislatori dell'avvenire l'adempimento di questo impegno.

Basta leggere al lume di questa avvertenza, quasi si potrebbe dire contro luce, le disposizioni della Costituzione, a cominciar dalla prima (e specialmente quelle che si riferiscono ai rapporti economici e sociali), per accorgersi che in queste formule l'uso del verbo al presente è un eufemismo; in realtà in questa formula non è descritto quello che la nostra società è oggi, ma quello che dovrà essere domani e che oggi non è: un preannuncio della « città promessa », che vuol dire anche una requisitoria contro la sua antitesi, che è la città in cui viviamo.

A voler essere sinceri, molte delle disposizioni della nostra Costituzione dovrebbero essere scritte al futuro: per mantenerle al presente, bisognerebbe al verbo far precedere la negazione.

Questa specie di esercizio di sincerità ermeneutica si potrebbe cominciare dal primo articolo: « l'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro »; meglio sarebbe dire: « *sarà*... fondata sul lavoro », soltanto sul lavoro; ma oggi *non è*: *oggi* è fondata piuttosto sul capitale che sul lavoro.

E così per tanti degli articoli successivi. Dice l'art. 3: « E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana... »; questo vuol dire che *oggi* l'impedimento costituito da questi ostacoli è ancora tutto da rimuovere. Coll'art. 4 « la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro... Ogni cittadino ha il dovere di svolgere un'attività... »; questo vuol dire che verrà un tempo in cui ogni cittadino avrà il diritto *effettivo* di trovar lavoro e il dovere *effettivo* di lavorare; ma per ora, nella società presente non c'è nè questo diritto né questo dovere. E si potrebbe a lungo continuare: ma basterà ricordare ancora l'art. 36, il quale, quando dice che « il lavoratore ha diritto ad una retribuzione... in ogni caso sufficiente ad assicurare a sè e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa », vuol dire in realtà che oggi i lavoratori questo diritto non l'hanno, e che bisogna trasformare la società in modo da far sì che venga il tempo in cui effettivamente sia assicurata a tutti i lavoratori quell'esistenza libera e dignitosa che oggi per molti di essi è soltanto una struggente speranza.

In queste ed in altre analoghe disposizioni (le quali fanno capire per trasparenza quanto cammino ci sia da compiere prima che la condizione reale dei lavoratori si adegui a quella che la Costituzione

ha promesso) si trova la spiegazione della importanza costituzionale data allo sciopero, considerato come mezzo per progredire più speditamente su questo cammino.

10. — Il *punctum pruriens* di quella trasformazione sociale che nella Costituzione ha valore programmatico, è quello dei rapporti di lavoro. Fare una rivoluzione nel campo del lavoro vuol dire creare un nuovo diritto del lavoro, ossia creare una legislazione rinnovatrice che adegui al programma della Costituzione i rapporti tra gli imprenditori e i lavoratori, o, come si dice nel linguaggio corrente, i rapporti tra capitale e lavoro.

Nel sistema parlamentare la funzione di creare il nuovo diritto, cioè di raccogliere coordinandole le esigenze delle forze sociali e di soddisfarle col trasformarle in leggi, è demandata al Parlamento; e si potrebbe pensare che anche le esigenze delle collettività lavoratrici trovino il loro sbocco negli organi parlamentari, e arrivino a trasformarsi in leggi attraverso le ordinarie vie legislative. Ma ormai anche negli Stati a regime parlamentare la produzione del diritto del lavoro trova i suoi organi specifici nei sindacati: il riconoscimento della autonomia sindacale significa riconoscimento alle associazioni sindacali di un vero e proprio potere normativo, che, attraverso la stipulazione di contratti collettivi, porta alla produzione di norme aventi « efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce » (art. 39 della Cost.), cioè aventi, nel campo sindacale, quei caratteri di astrattezza e di generalità che sono propri delle norme giuridiche (10). Le associazioni sindacali si trovano così investite di un potere pubblico normativo; i contratti collettivi da esse stipulati sono fonti di diritto, praticamente la fonte più importante di produzione del diritto del lavoro.

In questo modo, la attuazione giuridica di quella trasformazione sociale è affidata, per quello che si riferisce alla trasformazione dei rapporti di lavoro, non solo al Parlamento, ma anche all'organizzazione sindacale.

Le esigenze dei lavoratori, che aspirano alla creazione di un diritto del lavoro più corrispondente alle promesse della Costituzione, possono farsi sentire non soltanto attraverso il Parlamento (dove tra i deputati non mancano i rappresentanti delle organizzazioni sindacali) o attraverso la consulenza e l'iniziativa legislativa del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (art. 99); ma soprattutto attraverso il potere normativo dei sindacati, che hanno nel contratto collettivo lo

(10) Santoro Passarelli, *Nozioni*, cit., n. 16.

strumento giuridico per far progredire incessantemente il diritto del lavoro nel senso voluto dalla Costituzione.

I sindacati non diventano per questo, com'era nel sistema corporativo, organi dello Stato; essi conservano la loro autonomia. Ma l'organizzazione sindacale non è più l'Antistato: la sua esistenza è riconosciuta come uno degli sbocchi, come una delle valvole si potrebbe dire, attraverso le quali le nuove esigenze sociali creano il nuovo diritto, non in contrasto col Parlamento, ma in collaborazione con questo. Il nuovo ordinamento sociale che la Costituzione ha promesso si costituisce così lentamente non soltanto per produzione legislativa, ma anche per produzione professionale: una parte della funzione legislativa, attinente ai rapporti di lavoro, si è distaccata dal Parlamento, ed è stata affidata in esercizio ai sindacati, che pur rimanendo associazioni autonome esercitano così una pubblica funzione normativa.

11. — Come una fase del « procedimento » attraverso il quale si esercita la funzione normativa dei sindacati deve essere considerato lo sciopero: se la funzione normativa dei sindacati è accolta nella Costituzione tra le fonti legittime di produzione del diritto, anche lo sciopero, che è uno dei suoi metodi, deve avervi ingresso con essa.

Nella produzione di norme giuridiche in via legislativa, gli organi parlamentari si dovrebbero trovare al di sopra di quegli interessi sociali in conflitto che la norma è chiamata a comporre; nella produzione di norme giuridiche in via sindacale la ricerca dell'equilibrio tra gli interessi in conflitto è invece affidata, anzichè al legislatore soprastante, al contrasto delle stesse categorie rappresentanti dei contrapposti interessi collettivi. Lo Stato, in questo campo, non solo non considera contrario all'interesse pubblico l'urto diretto tra le categorie interessate, ma ritiene che proprio attraverso questo urto si possa trovar gradualmente, per tentativi, quel punto esatto d'equilibrio tra interessi collettivi che è appunto il diritto: la lotta precontrattuale non solo non è bandita, ma è utilizzata dallo Stato come mezzo di produzione giuridica per arrivare alla giusta composizione contrattuale del conflitto: e lo sciopero fa parte anch'esso, come uno dei metodi di questa lotta, del procedimento normativo sindacale.

E qui bisogna tener presente un'avvertenza, che è la chiave per intendere il significato costituzionale dell'art. 40, e senza la quale il riconoscimento costituzionale dello sciopero può parere un assurdo: nel conflitto sindacale tra imprenditori e lavoratori, questi sono per ragioni economiche e sociali la parte più debole; sicchè lo sciopero è il mezzo per supplire a questa inferiorità e per ristabilire l'equilibrio nella lotta sindacale.

Sarebbe qui fuor di luogo dare la dimostrazione politica di questa inferiorità dei lavoratori: vorrebbe dire ricominciare *ab imis* la requisitoria contro la società capitalista, dalla quale, come si è visto, muovono le disposizioni programmatiche della Costituzione. Quello che invece qui conta, sotto il profilo giuridico dell'*ius conditum*, è il rilevare che questo stato di inferiorità, in cui nella società presente i lavoratori si trovano nei confronti degli imprenditori, è la *ratio* su cui si fonda l'art. 40 della Costituzione: da questa riconosciuta inferiorità non può prescindere il giurista che voglia intendere l'esatto significato di questo articolo, e l'intento che lo ha ispirato (11).

La importanza di questa premessa affiorò con grande chiarezza in una discussione sul diritto di sciopero che può dirsi memorabile; perchè pose di fronte come sostenitori di opposte tesi non rappresentanti di opposte parti politiche, ma giuristi eminenti facenti parte tutti della stessa « Unione dei giuristi cattolici ». Il Carnelutti, auspicando il ritorno alla concezione corporativista dello sciopero-delitto (e solo come a minor male adattandosi a malincuore all'idea dello sciopero-libertà), dichiarò che, secondo lui, « lasciar combattere la guerra tra le categorie, come si è fatto nella Costituzione italiana, è un esempio di fiacchezza, contro il quale debbono reagire i giuristi cristiani »; ma a lui il Santoro Passarelli difendendo la concezione dello sciopero-diritto quale la Costituzione ha accolto nell'art. 40 (non per « fiacchezza », ma per coerenza a promesse di ordine politico che non son propriamente quelle dei *beati possidentes*) rispose che « se si parte dall'idea che i lavoratori sono alla pari dei datori di lavori, che l'uguaglianza è realizzata coi sindacati, davvero lo sciopero appare una stoltezza, e se la legge o la Costituzione lo riconosce, una vera stravaganza legislativa o costituzionale. Ma la questione assume tutt'altro aspetto se invece moviamo... dalla constatazione dell'abisso incolmabile fra la posizione del lavoratore e la posizione del datore di lavoro; abisso incolmabile perchè i sindacati eliminano o riducono la concorrenza, ma non danno ai lavoratori quanto occorre per vivere. E per vivere debbono anche lottare. E' questa la giustificazione dello sciopero, giustificazione che manca completamente per la serrata...» (12).

E' vero: sotto l'aspetto della struttura formale del rapporto, nel contratto di lavoro i due contraenti si trovano in posizioni simmetriche: come il datore di lavoro può licenziare *ad nutum* il lavoratore, così il lavoratore può quando vuole lasciare in asso l'imprenditore:

---

(11) Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni*, cit., n. 28; SICA, *scritto cit.*, n. 3 a.

(12) *Primo Congresso nazionale dell'UGCI*, resoconto in *Justitia*, 1949, n. 10-12, pagg. 84-86. Cfr. anche CARNELUTTI, *Sciopero e giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, pag. 1 e segg.

colla differenza che se il contratto è risolto dal datore di lavoro, il lavoratore licenziato rimane senza pane; se lo risolve il lavoratore, l'imprenditore trova milioni di disoccupati pronti a prendere il suo posto. E così per il parallelismo tra lo sciopero e la serrata: se ai lavoratori è lecito abbandonare collettivamente la fabbrica e in questo modo costringere l'industriale a sospendere la lavorazione, non si vede perchè non debba esser lecito all'industriale sospendere la lavorazione e in questo modo costringere i lavoratori a restar senza lavoro. Sì, la simmetria giuridica sembra perfetta: ma cessa di esser tale quando si consideri che, in caso di sciopero, l'industriale ha da temere soltanto (e soltanto quando lo sciopero si protrae) una contrazione dei profitti a lunga scadenza, mentre in caso di serrata i lavoratori sanno che fin da domani li attende, al posto del salario, la fame.

Questa è la ragione per la quale nella nostra Costituzione, mentre lo sciopero è un diritto, non è un diritto la serrata (e forse è ancora un delitto; e in ogni modo tornerà ad esserlo, se diventerà legge l'art. 40 del disegno Rubinacci). E' inutile farsi cattivo sangue, scandalizzandosi perchè in questo modo la Costituzione, invece di mantenersi agnostica, ha preso posizione a favore dei lavoratori: per i giuristi che non si lasciano vincere dalle nostalgie, questa è ormai una realtà giuridica, scritta, prima che nell'art. 40, nell'art. 1 della Costituzione.

12. — Arrivati a questo punto, si hanno ormai tutti gli elementi per definire la portata costituzionale dello sciopero nel nostro ordinamento.

Le associazioni sindacali, di lavoratori e di imprenditori, esercitano, attraverso la stipulazione dei contratti collettivi, un potere normativo *congiunto*, che non può esplicarsi se non quando, a conclusione dell'urto precontrattuale, la volontà dei due sindacati contrapposti arrivi a coincidere su una formula di equilibrio. Questo potere normativo bilaterale non spetta al sindacato isolato, ma alla coppia dei due sindacati contrapposti: non esiste un potere normativo unilaterale, con cui un sindacato possa imporre al sindacato contrapposto l'osservanza di nuove condizioni di lavoro, alle quali questo non abbia dato il suo consenso colla stipulazione di un contratto collettivo.

In ciò sindacati di lavoratori e sindacati padronali si trovano in condizioni di parità e di reciprocità: per arrivare alla creazione di nuove condizioni di lavoro l'uno non può fare a meno del concorso dell'altro.

Ma i sindacati dei lavoratori hanno, nello svolgimento della lotta precontrattuale, in via si potrebbe dire *strumentale*, un potere normativo *unilaterale* che i sindacati dei datori di lavoro non hanno: il po-

tere di proclamare lo sciopero, e di sospendere in questo modo in tutta la categoria, mediante questa dichiarazione unilaterale, l'obbligo contrattuale di prestazione del lavoro. L'effetto giuridico della proclamazione unilaterale di sciopero proveniente dalle collettività dei lavoratori si ripercuote così coattivamente sulla contrapposta collettività dei datori di lavoro, senza che essi possano far nulla per sottrarsi al mutamento di condizioni contrattuali che lo sciopero produce. I datori di lavoro, che prima della proclamazione di sciopero avevano nel contratto di lavoro l'arma per colpire l'astensione individuale dal lavoro colle sanzioni dell'inadempienza (fino al licenziamento in tronco), si trovano in forza della proclamazione di sciopero spezzata in mano quest'arma; con quella proclamazione i singoli lavoratori hanno acquisito, in deroga al contratto di lavoro, il diritto di astenersi legittimamente dal lavoro, e i singoli imprenditori hanno perduto nello stesso punto il diritto di risolvere in tronco il rapporto di lavoro, come sanzione di tale astensione, che in forza dello sciopero è diventata legittima.

Così il potere di proclamare lo sciopero si traduce giuridicamente nel potere unilaterale riconosciuto alla collettività dei lavoratori di sospendere di propria autorità, per tutta la categoria, una clausola contrattuale stipulata a tutela dei datori di lavoro. In questo senso è stato visto esattamente nel potere di proclamare lo sciopero, un potere normativo unilaterale (13).

Sembra esatto, per quanto si è detto finora, riconoscere che il « diritto di sciopero » è, nel momento della proclamazione, più che un diritto, un « potere ». Il Carnelutti parla addirittura (14) di « sovranità »: « più che un diritto soggettivo, l'organizzazione dei lavoratori reclama, per quanto si riferisce alla negoziazione e alla esecuzione del contratto di lavoro, una vera sovranità. E poichè la sovranità in confronto con i sudditi è l'attributo dello Stato, questo, riconoscendo il diritto di sciopero, rinuncia a quanto di suo concede alle organizzazioni opposte dei lavoratori e degli imprenditori ». E parliamo pure, se ciò piace, di « sovranità »: ma non per deplorare, come fa il Carnelutti, che il riconoscimento di questa sovranità sindacale sia un'abdicazione dello Stato al suo ufficio « di compositore dei conflitti e di instauratore della pace »: in realtà questa recezione dello sciopero tra i procedimenti della legalità dimostra che lo Stato, abbandonando la concezione conservatrice che lo considerava come un attentato alla tranquillità degli abbienti, ha preferito saggiamente utilizzarlo come strumento di pace sociale: di quella pace sociale che non

(13) Sica, *scritto cit.*

(14) Nello scritto cit. *Sciopero e giudizio*, pag. 12.

si mantiene col dare allo Stato l'ufficio di guardia di polizia della struttura economica della società capitalista, ma coll'aprire pacifici sbocchi sindacali a quella trasformazione sociale di cui la Costituzione ha già riconosciuto la ineluttabilità.

Il potere di sciopero ha pertanto un valore *strumentale*. Esso non è fine a se stesso: esso serve a far sì che nel periodo acuto della lotta per il miglioramento delle condizioni di lavoro, i lavoratori possano gettare sulla bilancia delle trattative l'argomento della loro astensione collettiva dal lavoro, senza trovarsi esposti al pericolo di essere licenziati per inadempienza contrattuale.

E' un potere normativo unilaterale, preordinato affinchè i lavoratori possano presentarsi e concorrere in condizioni di equilibrio all'esercizio del potere normativo congiunto e bilaterale, che si esplica nel contratto collettivo. In questo senso è *strumentale*: è un potere preparatorio dato per agevolare l'esercizio di un altro potere.

Nel corso di quel « procedimento » che ha come suo atto conclusivo e finale il contratto collettivo (procedimento di produzione del diritto, che per parallelismo col procedimento legislativo parlamentare, si potrebbe chiamare « procedimento normativo sindacale »), lo sciopero diventa così una fase intermedia di questo procedimento, prevista e regolata dalla legge per la miglior riuscita dell'atto finale. Più che un atto di guerra o di autodifesa, come si continua a dire, lo sciopero diventa così un mezzo normale e legale di coazione psicologica, che la legge consente sia adoprato da una collettività contraente per indurre la controparte all'accordo. Nella legislazione comparata (e forse anche nella nostra legislazione) si possono trovare esempi in cui lo stesso meccanismo di coazione psicologica, su cui è fondato lo sciopero, è riconosciuto e sfruttato dalla legge a fini giuridici. E' noto il funzionamento di quelle multe giornaliere chiamate « *astreintes* », che in certe legislazioni il giudice ha facoltà di stabilire in anticipo a carico del debitore, per il caso che tardasse ad adempiere: il quale per sfuggire a questo cumulo pecuniario che più si accresce quanto più dura il ritardo, si determina alla fine a scegliere l'adempimento come il minore dei mali. Lo sciopero sarebbe una specie di « *astreinte* » collettiva per ridurre alla ragione i datori di lavoro: la sospensione collettiva dall'obbligazione di lavoro, autorizzata dalla legge a scopo di coazione psicologica sulla controparte riluttante (cfr. per un caso singolare di sospensione dell'obbligazione adoprata come mezzo di coazione psicologica, art. 146 Cod. civ.).

13. — Si può ora tornare al punto da cui il presente scritto si è mosso: alle leggi che dovranno segnare « l'ambito » entro il quale il diritto di sciopero dovrà esercitarsi.

Di queste leggi, che ancora non esistono, si discuterà in altra sede; ma intanto il diritto di sciopero esiste già. Esso è stato riconosciuto dalla Costituzione e presupposto come già esistente, ancor prima che siano approvate le leggi che dovranno segnare l'ambito del suo esercizio.

Il riconoscimento costituzionale del diritto di sciopero ha già fin d'ora, e prima che siano emanate le leggi regolatrici, effetto immediato sui rapporti di lavoro: non solo nel senso di far considerare abrogate per incompatibilità le norme del Codice penale (art. 502 e segg.) che punivano lo sciopero come un delitto, ma nel senso di cancellare nello sciopero, anche nell'ambito del singolo rapporto di lavoro, ogni traccia di illecito contrattuale. Non mi pare coerente l'opinione intermedia di qualche studioso (15) secondo la quale, in forza dell'art. 40 della Costituzione, lo sciopero avrebbe cessato di essere un delitto, ma, fino a che non siano state emanate le leggi regolatrici, dovrebbe esser considerato non come un diritto, ma come una semplice libertà, l'esercizio della quale rimarrebbe, nell'ambito del singolo rapporto di lavoro, un illecito contrattuale. La Costituzione, nell'art. 40, riconosce come già esistente il « diritto di sciopero »: le leggi regolatrici potranno venire a delineare l'ambito del suo esercizio, ma, fino a che i limiti di questo ambito non son segnati, la mancanza di queste leggi limitatrici vuol dire soltanto che i limiti non ci sono, e che quindi il diritto può come tale esercitarsi senza limiti per tutti i rapporti di lavoro e per tutte le categorie di lavoratori. Secondochè la efficacia cogente dell'art. 40 si consideri immediata o differita, il dilemma si pone tra il diritto e il delitto: se la qualificazione data allo sciopero dall'art. 40 non si considera in vigore fino a che non siano state emanate le leggi regolatrici, lo sciopero continua ad essere un delitto; ma se la qualificazione di diritto vale fin da ora ad escludere che esso sia un delitto, allora, appunto perchè essa vale fin d'ora, deve valere ugualmente a escludere fin d'ora che sia una semplice libertà.

Dall'essere lo sciopero riconosciuto fin d'ora come un diritto, e dal non essere ancora fissati i limiti del suo esercizio, deriva la inapplicabilità a carico degli scioperanti (a qualunque categoria di lavoro appartengano; e non esclusi i pubblici impiegati) di qualsiasi sanzione contrattuale e disciplinare.

L'esercizio di un diritto non può essere nè un illecito contrattuale, nè un'infrazione disciplinare. Il patto contrattuale con cui il datore di lavoro esigesse dal lavoratore l'impegno preventivo di non scio-

(15) SICA, *scritto cit.*, nota 55.

perare; o l'ordine del superiore gerarchico che diffidasse il dipendente dallo sciopero con comminatoria di sanzioni disciplinari, sarebbero giuridicamente inefficaci, perchè fatti *in fraudem Constitutionis* (art. 1344 e 1418 Cod. civ.). Del pari il licenziamento intimato allo scioperante per aver scioperato o anche per aver violato lo specifico impegno contrattuale di non scioperare o per aver trasgredito all'ordine di non scioperare datogli dal superiore gerarchico, sarebbe, più che un licenziamento senza giusta causa, un licenziamento senza effetto, perché volto ad eludere l'art. 40 della Costituzione (16).

Ove questo art. 40 sia immediatamente applicabile ancor prima della emanazione delle leggi che ne limiteranno l'ambito, non mi par esatto affermare che l'esercizio del diritto di sciopero produca « una sospensione del rapporto di lavoro, il quale sussiste, sebbene rimangano temporaneamente senza esecuzione le due obbligazioni fondamentali che lo costituiscono, così l'obbligazione di lavorare, come l'obbligazione di retribuire » (17). La proclamazione di sciopero, come si è visto, ha un solo effetto giuridico: quello di sospendere l'obbligazione di lavorare che per contratto vincola il lavoratore, e quindi di togliere alla sua inattività, finchè dura lo sciopero, ogni carattere di illiceità contrattuale. Ma, in tutto il resto, il rapporto di lavoro rimane non solo in vigore, ma in corso; non è il rapporto che rimane sospeso, ma solo una delle obbligazioni di questo rapporto.

E' certo intanto che lo sciopero non solo non interrompe, ma neanche sospende la continuità del rapporto, in modo che anche durante lo sciopero non si arresta la maturazione di quegli effetti giuridici che derivano dalla continuazione del rapporto per un certo periodo; per esempio il diritto agli aumenti periodici di stipendio continua a maturarsi anche durante lo sciopero, come avviene durante quei periodi in cui per altre cause la sospensione del lavoro è, per legge o per contratto, giustificata.

Ma se l'assenza dal lavoro dello scioperante si considera come sospensione giustificata, in base a qual principio giuridico si può affermare che, durante questa lecita sospensione dell'obbligazione di lavoro rimanga sospesa del pari l'obbligazione di retribuzione? Il principio *inadimplenti non est adimplendum* non è qui invocabile, perchè il lavoratore che sciopera non è un inadempiente (18): nè mi par che si possa invocare, per arrivare alla stessa conseguenza, che lavoro e

---

(16) Cfr. Buccisano, *Ancora sui limiti di validità del licenziamento ecc.*, nella *Riv. giur. del lavoro*, 1952, pag. 155, nn. 3-5.

(17) Santoro Passarelli, *op. cit.*, n. 22.

(18) Cfr. Guicciardini, *Sciopero di dipendenti pubblici e diritto allo stipendio*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, IV, pag. 517 e segg.

retribuzione sono obblighi correlativi e che per questo necessario nesso di correlatività non può arrestarsi la prestazione di lavoro senza che si arresti ad un tempo la retribuzione che ne è il corrispettivo. Nel contratto di lavoro questa correlatività vien meno tutte le volte in cui si verifica una di quelle cause di sospensione del lavoro, che, essendo giustificate per legge o per contratto, non sospendono l'obbligo del datore di lavoro di continuare a corrispondere la retribuzione: si pensi per es. al riposo festivo, o ai periodi di ferie retribuite (cfr. art. 2109 e 2110 Cod. civ.). Se lo sciopero è diventato, per effetto dell'art. 40 della Costituzione, un caso di assenza giustificata dal lavoro, causata non da interesse individuale dello scioperante, ma da un interesse di carattere collettivo che la Costituzione protegge, non si vede perchè per lo sciopero si debba venire a diversa conclusione.

Con questo, sia bene inteso, non si vuol dire che sia sindacalmente opportuno ammettere che i lavoratori scioperanti continuino a godere senza limiti, anche durante lo sciopero, del diritto alla retribuzione (è ovvio che questo sistema sarebbe una specie di invito all'ozio retribuito, che toglierebbe allo sciopero ogni carattere di serietà); ma si vuol dire soltanto che, se lo sciopero è l'esercizio di un diritto, la sospensione della retribuzione non è una sua conseguenza giuridica, necessariamente desumibile dal diritto comune: e se si riterrà politicamente opportuno che questa sospensione vi sia, bisognerà espressamente stabilirlo, come fa il disegno Rubinacci, secondo il quale lo sciopero « comporta per il lavoratore unicamente la perdita della retribuzione complessiva relativa al periodo di durata dello sciopero... » (art. 28).

14. — A queste premesse di ordine costituzionale sul diritto di sciopero dovranno fedelmente attenersi le leggi ordinarie destinate a delimitare l'ambito del suo esercizio. La discussione d'ordine politico sul contenuto di queste leggi non rientra, come si è avvertito fino da principio, negli scopi di questo scritto.

Già si può prevedere, dalle polemiche che finora si sono svolte e dalle disposizioni del disegno Rubinacci intitolate « Controversie collettive di lavoro e sciopero » (art. 26-40) intorno a quali temi si concentrerà il dibattito (19): ma, senza entrare per ora ad esaminarli a uno a uno, penso che due avvertenze dovranno essere tenute presenti nella discussione.

La prima è questa (e dovrà essere tenuta presente soprattutto

---

(19) Cfr. in proposito le acute considerazioni di Vittorio Foa, *Sul diritto di sciopero*, in « Notiziario della C.G.I.L. », del 15 nov. 1951, pag. 585.

da chi sosterrà la causa dei lavoratori): che il diritto è, per sua natura, prefissione di limiti; e che di conseguenza, dal momento in cui lo sciopero ha accettato di diventare un diritto, esso si è adattato necessariamente a sentirsi prefiggere condizioni e restrizioni di esercizio che, se non venissero stabilite per legge, dovrebbero immancabilmente essere tracciate prima o poi, sulla base dell'art. 40 della Costituzione, dalla giurisprudenza. La dialettica giuridica richiede, per sua natura, chiarezza di definizioni, precisione di distinzioni, indagine di scopi: lo sciopero, per entrare nel campo del diritto, dovrà rassegnarsi a esser definito, il che, nell'opinione di qualcuno, può voler dire anche diminuito. Un organizzatore sindacalista, col quale ho avuto occasione di discutere di questi problemi, mi confidava in proposito le sue perplessità: egli si domandava se, col diventare un procedimento legale, lo sciopero avrebbe veramente acquistato in efficacia sindacale; o se il suo riconoscimento costituzionale, presentato come una vittoria dei lavoratori, non avrebbe avuto in realtà l'effetto di addomesticarlo e di metterlo alla mercè degli imprenditori. Gli risposi che, a mio credere, l'art. 40 della Costituzione può rappresentare veramente, per i lavoratori, una preziosa conquista; ma che i vantaggi della legalità si pagano sempre con sacrificio inevitabile di libertà (20).

La seconda avvertenza (che dovrà essere tenuta presente soprattutto da chi nel dibattito vorrà sostenere l'interesse degli imprenditori) è questa: che delimitare l'ambito di esercizio del diritto di sciopero non deve significare in nessun caso negazione o annullamento pratico di questo diritto: ciò non soltanto sotto l'aspetto della titolarità soggettiva, in quanto ogni distinzione che mirasse ad escludere dal diritto di sciopero qualche categoria di lavoratori sarebbe contraria all'espressione generale dell'art. 40 (21), ma anche sotto l'aspetto dell'efficacia funzionale dello sciopero, al quale le limitazioni che si volessero dettare per disciplinare il suo procedimento e le sue finalità, non dovrebbero in nessun caso essere tali da togliere quel carattere di arma sindacale, capace di esercitare, non tanto sul singolo imprenditore quanto sulla intera coalizione di interessi a cui questo oggi si appoggia, quella funzione di coazione psicologica collettiva, che è la sua ragion d'essere. Se a forza di limitarne gli scopi e di complicarne le procedure con meccanismi ritardatori lo sciopero venisse ad esser

---

(20) Sarà utile, a questo proposito, tener presente gli sviluppi dottrinali che ha avuto tra i giuristi messicani il celebre art. 123 della Costituzione messicana del 1917 che riconobbe lo sciopero (*huelga*) come diritto costituzionale; e sul quale è stata costruita la distinzione tra la *huelga lícita* e la *huelga ilícita*: cfr. A. Trueba Urbina, *Evolución de la Huelga*, México, 1950.

(21) Cfr. Sica, *scritto cit.*, n. 14, pag. 22.

ridotto innocuo per gli imprenditori e quindi irrisorio per i lavoratori, esso perderebbe quell'ufficio di strumento stimolatore del miglioramento sociale delle classi lavoratrici, in vista del quale la Costituzione l'ha riconosciuto; e ricomparirebbe, aprendosi il varco fuor dell'involucro troppo stretto delle legalità, sotto altre forme illegali, ma sindacalmente efficaci e incontenibili.

Certo al legislatore chiamato a disciplinare l'esercizio dello sciopero con argini di legalità che lo indirizzino senza ritardarne la efficacia sindacale, non si presenta un compito agevole.

Il punto più difficile e più delicato sarà quello di definire quali siano gli interessi sindacali a tutela dei quali il diritto di sciopero è riconosciuto, cioè la distinzione, se è possibile, tra fini « economici » e fini « politici » (22). Proprio qui bisognerà che il legislatore eviti le formule troppo rigide e lasci un certo margine al senso di responsabilità delle associazioni sindacali, per non far tornare d'attualità il monito di Filippo Turati il quale, ai fautori delle repressioni degli scioperi, ricordava la follia di Artaserse che per punire le onde colpevoli di avere sbattuto la sua nave, le condannò alla fustigazione.

Firenze, Università, agosto 1952.

---

(22) Cfr. SARTRE, *Les communistes et la paix*, in « Les Temps Modernes », luglio 1952, pag. 26 e segg.

XVI

INCOSCIENZA COSTITUZIONALE (*)

Alla vigilia della chiusura della prima legislatura, il popolo italiano ha diritto di chiedere al Parlamento (che poi vuol dire al governo) che cosa ha fatto, in questi cinque anni, della Costituzione repubblicana: di questa Costituzione che ebbe in custodia cinque anni fa, e che oggi dovrebbe restituire in buono stato, al momento delle nuove elezioni, al popolo che gliela affidò.

Cinque anni fa, appena chiusi i lavori dell'Assemblea costituente, la Costituzione era come un edificio monumentale (in materia costituzionale i paragoni edilizi sono di stile) tirato su nelle mura maestre, ma ancora mancante di qualche parete divisoria, di qualche scala interna e della cuspide. L'imprenditore, nonostante la sua buona volontà, non era riuscito, in un anno di lavoro intenso, a consegnare la costruzione finita; ma tutti sapevano che il suo successore, che trovava i materiali già ammassati nel cantiere, avrebbe potuto agevolmente, in pochi mesi, portare a compimento l'impresa secondo i disegni già approvati dal progettista.

Sono passati cinque anni, e tutto è allo stesso punto. Incompiuta era, e incompiuta è. Ma limitarsi a osservare che tutto in questi cinque anni è rimasto immutato, è forse peccare di ottimismo: non si lascia una muratura a mezzo per cinque anni senza che essa cominci a andare in rovina: sotto i venti che soffiano dalle aperture del tetto, la calcina comincia a sgretolarsi; e le impalcature, abbandonate sul posto, imputridiscono sotto la pioggia.

Se invece che in tema di mandato parlamentare si fosse veramente in tema di contratto d'appalto, questo imprenditore scervellato o disonesto, che per cinque anni avesse lasciato andare in malora così il lavoro affidatogli, andrebbe incontro a brutti guai. Nessuno lo

---

(*) [Pubblicato in « Il Ponte », a. VIII, n. 9 (1952), pp. 1177-1187]. [*Bibliografia*, n. 650].

salverebbe da una condanna ai danni: e forse, poichè i muri lasciati a mezzo costituiscono un continuo pericolo di crollo, rischierebbe di andare a finire in prigione.

La Costituzione, come ognuno sa, è divisa in due parti: la prima tratta dei diritti e doveri dei cittadini; la seconda dell'ordinamento della repubblica, cioè della struttura degli organi con cui si esercita il potere.

Per ora il bilancio del costruttore si può limitare alla seconda parte, quella più propriamente architettonica. Della prima è meglio tacere.

E' inutile infatti parlare delle norme contenute nella prima parte, quelle che si riferiscono ai diritti individuali dei cittadini, civili, politici e sociali. Esse sono lì da cinque anni, chiuse nelle loro scatole, come misteriosi ordigni di cui si ignora l'uso (e speriamo che non s'arrugginiscano). Fanno venire in mente l'avventura di certi ospedali di provincia che, per la munificenza di un benefattore locale, hanno potuto acquistare un armamentario chirurgico ultramoderno: ma gli strumenti rimangono lì, nelle vetrine, ognuno nel suo astuccio, perchè non si trova il chirurgo che li sappia adoperare.

Così è accaduto, finora, delle norme « programmatiche », che dovevano servire a iniziare le tanto vantate « riforme di struttura economica »: quelle che promettevano ai poveri non la ricchezza, ma un po' meno di miseria, ai disoccupati non l'elemosina, ma un po' di lavoro. Forse in avvenire si troverà chi saprà adoprarle; ma per oggi è meglio pensare al riarmo, che è una medicina un po' antica, ma sempre (al dir dei vecchi pratici) di sicuro effetto pacificatore.

E così è meglio non parlare di quelle norme che dovevano garantire ai cittadini i diritti di libertà. Anche queste sono sempre nuove ed intatte nelle loro custodie di velluto, perchè il governo, per non consumarle, ha preferito non adoprarle. Per amministrare la libertà di opinione, o la libertà della cultura, o la libertà delle confessioni religiose non c'è stato bisogno di scomodare la Costituzione: bastano le elastiche disposizioni della benemerita legge di pubblica sicurezza, che da vent'anni ha reso, senza discontinuità, tanti servizi.

Limitiamoci a guardare il bilancio relativo ai lavori di architettura costituzionale. Da quelli doveva cominciare l'opera del nuovo Parlamento; prima di cominciare a servirsi del potere, bisognava mettere a punto gli organi indispensabili per esercitarlo in modo legittimo.

Ora proprio qui le cose sono allo stesso punto a cui si erano fermate cinque anni fa: lì restarono ferme, e di lì non si sono mosse. E' ormai diventata una specie di filastrocca, che si canta a veglia in tutte le buone famiglie, la enumerazione dei vuoti che ancora crivel-

lano la nostra Costituzione e aspettano invano di esser riempiti: la Corte Costituzionale, il Consiglio Superiore della Magistratura, il referendum, il Consiglio dell'Economia e del lavoro, l'ordinamento regionale, l'abolizione delle giurisdizioni speciali, il riordinamento del Tribunale supremo militare, la revisione delle leggi costituzionali del precedente regime... E' una noiosa tiritera che potrebbe continuare. Di chi la colpa?

Nei primi anni di questa legislatura qualche ingenuo poté credere che la lentezza colla quale il governo si accingeva a sbrigare questa eredità di lavoro lasciata dalla Costituente derivasse dalla difficoltà di certi problemi tecnici ed anche dalla necessità di dare la precedenza a leggi ordinarie di carattere urgente. Ma oggi, a distanza di cinque anni, la ingenuità diventerebbe dabbenaggine.

La verità è che nel piano politico della maggioranza parlamentare e del suo governo vi è stata non tanto mancanza di volontà di compiere la Costituzione, quanto deliberata volontà di lasciarla incompiuta. Chi si prendesse la cura di rifare giorno per giorno la storia dei lavori parlamentari di questo quinquennio, non durerebbe molta fatica a ricostruire il piano di espedienti rallentatori con cui la maggioranza è riuscita ad impedire che le leggi integrative della Costituzione fossero approvate. Per salvar le apparenze si è lasciato che si svolgessero i lavori preparatorî, che le commissioni discutessero a lungo in sede referente; certe proposte di legge sono state fatte arrivare fino all'assemblea. Ma quando pareva che si fosse alla vigilia dell'approvazione, ecco che all'ultimo momento, dai banchi della maggioranza o da quelli dei fiancheggiatori, è venuto fuori un piccolo innocente emendamento, che proponeva di fare attenzione, di ripensarci su, di studiare meglio... E' bastato questo provvido granellino di sabbia a bloccare gli ingranaggi parlamentari: la maggioranza ha subito accolto l'invito di ripensarci, e, infatti, ci sta ripensando ancora. Questo spiega certi dissidi, subito sopiti, tra il governo deciso a temporeggiare, e le presidenze delle due Camere, preoccupate di salvare almeno le apparenze della serietà costituzionale.

Ma ormai, a cinque mesi dalla chiusura, quel che non è stato fatto, non si farà più. Questi cinque mesi che rimangono basteranno appena per fabbricar la nuova legge elettorale che servirà a questa maggioranza per rimaner maggioranza.

Rimaner maggioranza: perchè qui è, in sostanza, il segreto di questa quinquennale inadempienza costituzionale.

Così finirà, con una dichiarazione di inadempienza, questa prima legislatura repubblicana, che doveva essere la prima prova di costume costituzionale della nuova democrazia italiana. Sui programmi

politici i partiti potevano esser discordi; ma sull'ossequio alla Costituzione pareva che non vi fosse possibilità di dissenso. Era un impegno non solo di legalità ma di onore, che la Costituente (e attraverso la Costituente tutta l'Italia uscita rinnovata dalla guerra di liberazione) aveva trasmesso al nuovo Parlamento: un impegno sacro, tanto che un deputato cattolico aveva proposto di intitolare la Costituzione repubblicana al nome di Dio.

Nella piattaforma elettorale su cui si fecero le elezioni del 18 aprile, l'immediata integrazione della Costituzione era, per tutti i partiti, un punto fuori di discussione: non era neppure pensabile che un Parlamento nato dalla Costituente potesse tradire l'impegno costituzionale che la Costituente gli aveva trasmesso. La Costituzione, per il Parlamento democratico, doveva essere un *prius*, una premessa che si rispetta e non si discute: qualcosa che stava al disopra dei partiti, che era un limite per la stessa maggioranza.

E invece la maggioranza democristiana, *magnitudine sua laborans*, è stata portata dalla sua stessa onnipotenza schiacciante a identificare la Costituzione con sè medesima; le sorti della Costituzione colle sue proprie sorti elettorali. Padrona del governo, si è accorta che chi governa può benissimo fare a meno di tutti quei controlli costituzionali che lo spirito romantico dell'Assemblea costituente aveva sognato. La Corte costituzionale, l'indipendenza della magistratura, il referendum popolare, bellissimi temi per conferenzieri da circoli rionali; ma in pratica, intralci micidiali per chi è al potere e vuol rimanerci. E allora la conclusione, prima appena sussurrata, poi in questi ultimi tempi apertamente proclamata, è venuta da sè: non è il governo che deve adattarsi alle esigenze della Costituzione, è la Costituzione che deve conformarsi alle esigenze di questo governo. Se questo governo la preferisce così, non c'è proprio ragione di complicare con intralci costituzionali, per fortuna rimasti soltanto sulla carta, questo ingranaggio che va da sè così liscio. Questa non è la Costituzione fatta dal popolo italiano per il popolo italiano: questa è la Costituzione fatta perchè la maggioranza democristiana possa continuare *per omnia saecula* a rimaner maggioranza.

« *La constitution, c'est moi* »: il programma fu già enunciato trent'anni fa, si riassunse fin da allora in un motto: « DURARE ».

E' stato detto che la schiettezza di una democrazia è data dalla lealtà con cui il partito che è al potere è disposto a lasciarlo: la lealtà del giuoco democratico è soprattutto nel « saper perdere ». Ma la democrazia diventa una vuota parola quando il partito che si è servito dei metodi democratici per salire al potere è disposto a violarli pur di rimanervi: il che può farsi, anche senza bisogno di mettere « fuori

legge » gli oppositori, con qualche ben studiata revisione costituzionale, od anche semplicemente con qualche trucco elettorale che permetta al partito che è al potere di rimanervi anche quando nel Paese sia diventato minoranza.

Un sintomo preoccupante di una siffatta tendenza potrebbe ravvisarsi nella leggerezza con cui in questi ultimi tempi, da portavoce del governo autorevoli e qualificati, si è parlato di « revisione costituzionale », come di una faccenda di ordinaria amministrazione. E' vero che nella nostra Costituzione è previsto uno speciale procedimento per rivederla; ma è anche vero che, nello spirito dell'Assemblea costituente questo procedimento, particolarmente lento e solenne, è stato dettato non per invogliare i posteri alle revisioni costituzionali, ma al contrario per ammonirli a non dimenticare che la nostra è una costituzione « rigida », le cui modificazioni saranno sempre da considerarsi come una *extrema ratio* straordinaria ed eccezionale, da affrontarsi con prudente diffidenza e solo dopo lunghi periodi di esperienza politica. « Le leggi istituzionali — ha scritto recentemente sulla *Stampa* Luigi Sturzo — son leggi per sè perpetue. I cambiamenti (anche costituzionali) devono avvenire per esigenze obiettive maturate dopo la formazione e la esperienza della legge stessa ». Fa pena sentire autorevoli parlamentari della maggioranza parlare con sì scarso senso di responsabilità della opportunità di rivedere la Costituzione per comodità del loro partito: neanche negli Stati retti da una costituzione « elastica » (cioè modificabile con legge ordinaria, com'era lo Statuto albertino) si è mai sentito dichiarare con altrettanta imprudenza che la Costituzione si deve ridurre ad essere una polizza d'assicurazione sulla vita ministeriale del governo uscente.

Ma forse dissertare sulla distinzione tra costituzioni rigide e costituzioni elastiche può ridursi a un vuoto esercizio scolastico. Le costituzioni, elastiche o rigide, valgono non per quello che c'è scritto, ma per quello che i governanti vogliono leggervi. Gli articoli delle costituzioni sono come membra di un corpo vivo: vivono finchè vi circola dentro il sangue che le alimenta. Il sangue, in questo caso, si chiama correttezza politica, lealtà costituzionale: se questo manca, le disposizioni scritte sulla carta rischiano di atrofizzarsi e di cadere da sè come membra in cancrena. Ora quello che più sorprende ed offende, in alcune recenti manifestazioni della maggioranza che è al potere, è l'assoluto e quasi ostentato dispregio di questa lealtà, che è il sangue della Costituzione: quasi si direbbe che prendano gusto a screditarla, a metterne in evidenza la provvisorietà, a ripetere a destra e a sinistra (ma specialmente a destra) che tutto si può ridiscutere, che nulla c'è, nel loro mondo costituzionale, di definitivo e di sacro. Se il governo si fosse proposto di preparare in questo quin-

quennio la morte lenta, per anemia e per atrofia, di tutte quelle disposizioni per le quali la Costituzione repubblicana si voleva differenziare dallo Statuto albertino, non si sarebbe comportato altrimenti.

Di questo dichiarato dispregio della « santità » della Costituzione, di questa ostentazione di miscredenza in quella « religione senza dogmi » che è il fondamento non scritto dei governi veramente democratici, ci sembra di poter indicare in questi ultimi tempi tre manifestazioni tipiche, dalle quali si potrebbe dedurre che gli organi responsabili abbiano perduto (o non abbiano mai acquisito) il senso del limite che separa il lecito costituzionale da quel delitto costituzionale che l'art. 138 chiama « attentato alla Costituzione ».

La prima manifestazione di questo dispregio è data dalla (come dire?) impudica naturalezza con cui qualcuno ha sostenuto che la Costituzione si potrebbe senz'altro sottoporre a revisione ancor prima che essa sia stata integrata coll'effettiva entrata in vigore di quegli istituti, che essa stessa ha prescritto come garanzie indispensabili ed essenziali del procedimento di revisione costituzionale: e che anzi la revisione costituzionale si potrebbe senz'altro cominciare, per far prima, dall'abolire le disposizioni che prescrivono la instaurazione di tali istituti. E' noto che la nostra Costituzione, pur prevedendo che le sue norme possano essere, di regola, oggetto di revisione, stabilisce, proprio per evitare i colpi di maggioranza, che le leggi di revisione costituzionale possano sempre essere sottoposte a referendum popolare (art. 138); e stabilisce altresì, come garanzia ancor più generale, che tutte le leggi possano esser sottoposte al controllo della Corte costituzionale, per evitare che sotto l'apparenza di leggi ordinarie siano fatte passare di contrabbando leggi che violano la Costituzione, o che il procedimento di revisione costituzionale avvenga senza l'osservanza delle garanzie volute dalla Costituzione.

Ora i nuovi costituzionalisti del partito di maggioranza proprio questo hanno osato sostenere: che siccome la maggioranza può tutto, essa potrebbe intanto cominciare a « smobilitare » dalla Costituzione queste fastidiose garanzie di controllo costituzionale che sono il referendum e la Corte costituzionale, e (perchè no?) la indipendenza della Magistratura. Secondo la Costituzione il Parlamento non ha il potere di rivedere le norme costituzionali fino a che non siano in vigore gli istituti di controllo previsti come indispensabili per l'esercizio di questo potere: è chiaro che coll'abolire le norme costituzionali che prescrivono l'istituzione di tali garanzie, il Parlamento verrebbe ad esercitare un potere di revisione costituzionale che ancora esso non ha. Non ci vuol molto acume giuridico per capire che questo tentativo di mutilare in bozzolo la Costituzione prima che essa abbia finito di uscire dal suo involucro, questa specie di procurato aborto costi-

tuzionale, ha già un nome nella prassi costituzionale: si può chiamare, secondo i gusti, « alto tradimento » o anche « colpo di Stato ».

La seconda manifestazione di questa incoscienza dei limiti costituzionali è data dalla indifferenza colla quale i nostri governanti ammettono che sia possibile domani tornare a ridiscutere, « in via legalitaria », la forma istituzionale dello Stato. E' vero, essi dicono, che l'art. 139 della Costituzione stabilisce che « la forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale »; ma nessun articolo della Costituzione vieta di sottoporre a revisione costituzionale l'art 139. Così l'operazione « legalitaria » potrebbe avvenire in due tempi: in un primo tempo si abolirà, in via di revisione costituzionale, l'art. 139; remosso questo ostacolo, si passerà al secondo tempo, consistente nell'approvare una legge costituzionale che sottoponga la forma istituzionale a nuovo referendum: e poi, quando il nuovo referendum sarà indetto, alla pasta (dicono i « legalitari ») ci penseremo noi... Ora, che questo discorso lo facciano i monarchici niente di strano: nella propaganda politica ogni pruno fa siepe. Ma quel che si stenta a credere è che autorevoli esponenti di quel governo al quale è affidata la salute della Repubblica abbiano mostrato una aperta e compiacente benevolenza verso questo modo di argomentare, facendo distinzione tra i neofascisti, che sarebbero da considerarsi violenti sovvertitori della democrazia, e i monarchici storici, che sarebbero democratici « legalitari », rispettosi della Costituzione al par dei più ortodossi repubblicani. Contro siffatte distinzioni ogni sincero democratico dovrebbe insorgere: sotto l'aspetto politico e sotto l'aspetto giuridico.

Sotto l'aspetto politico prima di tutto, perchè i monarchici cosiddetti « legalitari » non sono i sostenitori teorici di un'astratta idealità monarchica, innocua e rispettabile come tutte le idealità sinceramente professate; ma sono i fautori in concreto di quella dinastia che fu tutt'uno col fascismo, e che quindi, sotto la bandiera del « legalitarismo » sabaudo, tenterebbero di cancellare dalla storia d'Italia il 25 aprile e di riportare il nostro Paese alla guerra civile. Ma anche sotto l'aspetto strettamente giuridico: perchè, se è vero che tutte le leggi, anche quelle costituzionali (ed anche quella supercostituzionale dell'art. 139) vivono finchè siano appoggiate a una forza politica capace di farle vivere, è anche vero che il giorno in cui si abolisse in via di revisione costituzionale l'art. 139, non si abolirebbe soltanto l'art. 139, ma si annullerebbe tutta intera la Costituzione, di cui quell'articolo costituisce la chiave di volta. Ogni Costituzione ha la sua fisionomia giuridica, composta di elementi caratteristici che servono a individuarla: se nella Costituzione italiana si volesse cambiare alcuno di questi elementi identificatori, o abolire l'articolo che sbarra la porta a questi

cambiamenti, la Costituzione perderebbe la sua identità. Questo non sarebbe un cambiamento giuridico: questo vorrebbe dire far crollare tutta la Costituzione e ricominciare da capo: tornare dal piano della legalità al piano della forza. Questi monarchici che vaneggiano di un nuovo referendum, attraverso il quale la Costituzione dovrebbe morir d'eutanasia con metodi costituzionali (come in certe malattie avviene che lo stomaco si metta a digerire se stesso), non si possono chiamare « legalitari »: essi aspirano a provocare una nuova vacanza costituzionale, in cui la sorte del Paese sarebbe di nuovo riportata dalle aule parlamentari sulle piazze e sulle montagne. Si dice questo non perchè da questi nostalgici della dinastia fascista la Repubblica abbia oggi molto da temere: ma perchè non si può sopportare senza protesta che un governo repubblicano continui per fini elettorali a blandire, come fedeli servitori della costituzione repubblicana, coloro che mirano semplicemente, attraverso la restaurazione sabauda, ad annullarla.

E finalmente la terza manifestazione di insensibilità costituzionale (che è anche la più inquietante, perchè è anche la più concreta ed urgente) è quella della leggerezza con cui il partito di maggioranza ed i suoi fiancheggiatori si apprestano alla riforma della legge elettorale politica; cioè alla abolizione di quel sistema proporzionale dal quale l'attuale Parlamento ha tratto i suoi poteri.

Perchè il governo di maggioranza sia democrazia è necessario che alla formazione di questa maggioranza abbiano potuto concorrere in condizioni di uguaglianza tutti i cittadini: per distinguere tra più e meno bisogna che gli elementi del calcolo siano omogenei: tutti i cittadini, al momento del voto, debbon contare per uno. Questo ha voluto dire l'art. 48 della Costituzione, quando ha stabilito che il voto « è personale ed eguale, libero e segreto »; in questa norma è l'essenza ed il fulcro della democrazia: perchè si abbia democrazia occorre che il voto di ogni cittadino abbia *lo stesso peso*.

Il sistema che meglio risponde a questa istituzionale uguaglianza di voto elettorale è il sistema proporzionale; ma, forse, sotto l'aspetto strettamente giuridico, anche il sistema del collegio uninominale rispetta questa esigenza. Tutti gli altri sistemi, dei premi di maggioranza o degli imparentamenti più o meno dissimulati, mirano, in sostanza, a distruggere questa eguaglianza di peso: mirano, attraverso ingegnosi espedienti, ad ottenere che il voto degli elettori appartenenti a un certo partito o a una certa coalizione di partiti abbia un peso individuale superiore a quello dei voti raccolti dagli altri partiti.

Ma così il preteso ossequio al principio di maggioranza diventa un trucco volgare: un trucco legalizzato, ma sempre un trucco. Tra

una maggioranza ottenuta col dare a ciascun voto del partito vincente un valore legale doppio di quello attribuito ai voti del partito avversario, e una maggioranza ottenuta col consentire agli elettori di quel partito, come un tempo si praticava, di introdurre nell'urna due schede invece di una, non esiste differenza di sostanza: si tratta ugualmente di frodi elettorali, colla sola differenza che chi la compie col primo sistema non rischia di andare in prigione.

Non c'è dubbio che l'abolizione del sistema proporzionale, e la introduzione in luogo di esso di un sistema elettorale che, abolendo la uguaglianza di voto, distruggesse, coll'inquinar la genuinità del calcolo, la stessa ragion d'essere del principio di maggioranza, costituirebbe un fondamentale sovvertimento del nostro sistema costituzionale. Tale sovvertimento non potrebbe operarsi che con una legge di revisione costituzionale. Si può anche ammettere che una riforma elettorale possa farsi con legge ordinaria, quando si tratti di modificazioni tecniche che non alterino i principi fondamentali della democrazia; ma qui, quando si parla dei cosiddetti « premi » che trasformano gli elettori « premiati » in elettori autorizzati a votare due volte invece di una, è in giuoco il principio dell'uguaglianza politica dei cittadini, che è il fulcro della Costituzione.

Ora proprio a questo si assiste: che, alla vigilia della chiusura della legislatura, il partito che è al potere si appresta ad abolire, attraverso il trucco della legge elettorale, il principio più importante della Costituzione democratica: e potrà farlo impunemente con legge ordinaria, perché non esiste ancora la Corte costituzionale, che avrebbe potuto, se fosse stata istituita, rilevare la flagrante incostituzionalità di questa legge sovvertitrice.

La gravità costituzionale di questa minaccia consiste sopra tutto in questo: che questa maggioranza parlamentare, eletta in base al sistema proporzionale, provveda a distruggere colle sue mani il meccanismo che le servì a farsi eleggere, perchè si è avvista che, se le nuove elezioni si facessero collo stesso meccanismo, essa, nella nuova Camera, non rientrerebbe più come maggioranza. La lealtà democratica vorrebbe che la legge elettorale servisse unicamente a questo: ad accertare, col concorso uguale di tutti i cittadini, qual è al momento delle elezioni la maggioranza politica che ha diritto di governare: le elezioni dovrebbero essere un *prius* e la maggioranza un *posterius*, cioè un dato desunto da queste: e ogni nuova consultazione elettorale dovrebbe poter costituire una salutare rinnovazione e circolazione di maggioranze al potere.

Oggi invece si vorrebbe capovolgere il rapporto: la maggioranza uscita il 18 aprile dal sistema proporzionale dovrebbe rimanere per sempre immutata, creando da sè, a proprio vantaggio, un sistema elet-

torale che le permetta di restar maggioranza anche quando nel Paese essa sia diventata, per avventura, minoranza. Nelle nuove elezioni, dunque, il potere di designare quale sarà la maggioranza della nuova Camera, non dovrebbero averlo più gli elettori: dovrebbero averlo, fino da oggi, gli eletti del 18 aprile, che, alla vigilia della scadenza, provvedono da sè a fabbricarsi la legge per esser rieletti!

Certo, anche le leggi elettorali si possono mutare: e ammettiamo anche che si possa, prima o poi, abolire il sistema proporzionale. Ma questo deve esser voluto dagli elettori: sono gli elettori che devono stabilire, prima che il giuoco parlamentare cominci, le regole del giuoco. Le regole del giuoco non le possono mutare i giuocatori mentre la partita è ancora in corso, e si sta per vedere, di fronte al pubblico degli elettori, chi ha vinto e chi ha perduto. « Il sistema elettorale va preso nella sua obiettiva struttura come un istituto permanente. E' vero che si può cambiare, ma quel nuovo sistema deve nascere per sempre, non può essere un ripiego del momento; se così fosse, perderebbe tutta la sua efficacia di appello al Paese »: anche queste sono parole recenti di Luigi Sturzo.

Se c'è oggi un partito che crede di dover proporre, nell'interesse del Paese, una riforma elettorale, ne faccia uno dei caposaldi del suo programma elettorale alle prossime elezioni: la correttezza parlamentare, che è soprattutto di principî non scritti, richiede che se un partito, anche il partito che ha avuto finora il potere, intende assumersi la responsabilità di proporre riforme del sistema costituzionale (di cui il sistema elettorale è parte integrante), ne faccia oggetto di discussione nella piattaforma programmatica delle nuove elezioni: in modo che gli elettori possano, se vogliono, riconfermargli la loro fiducia per attuare quel programma nella nuova legislatura. Queste sono, presso i popoli veramente democratici, le regole del giuoco: non seguirle, vuol dire imbrogliare le carte e apprestarsi a barare.

Questo è, alla vigilia della resa dei conti, il bilancio costituzionale del partito che da cinque anni è al potere. Non è un bilancio brillante: qualcuno, più pessimista, potrebbe anche parlare di inadempienza dolosa e di bancarotta fraudolenta.

Ma anche chi non si senta di dare un giudizio così severo, rimane perplesso.

Attenzione, attenzione! Qui è in giuoco — l'ha ammonito di recente un autorevolissimo senatore liberale, Pasquale Iannaccone — « ben altro che la scelta di un sistema elettorale! ». Quando la democrazia cristiana, alla vigilia delle nuove elezioni, chiama intorno a sè ad aiutarla tutti coloro che voglion salvare la democrazia, i chiamati faranno bene a domandarsi se essa li convochi veramente a salvare

la democrazia (cioè prima di tutto la Costituzione e la Repubblica), o non piuttosto li recluti come salariati, per aiutarla, in cambio di quel premio che troppo somiglia alla mancia che si dà ai servitori, a instaurare in Italia, invece della democrazia, una dittatura di minoranza, che faccia a meno della Costituzione e magari, occorrendo, della Repubblica.

1 settembre 1952.

XVII

LIBERTA' DI STAMPA E LIBERTA' DELLA CULTURA (*)

Ho chiesto al presidente senatore Bergamini di darmi la parola per aggiungere una postilla alla relazione introduttiva che feci nella prima riunione. In essa io esaminai analiticamente, sotto il profilo giuridico, le disposizioni del disegno di legge 27 giugno 1952 che si intitola « Nuove disposizioni sulla stampa »: e richiamai l'attenzione dei convenuti sugli articoli di quel disegno che più mi sembravano e mi sembrano degni di attenta considerazione, perchè contengono disposizioni sotto diversi aspetti inconciliabili coi principi della libertà di stampa. Quella mia relazione di carattere giuridico doveva avere però soltanto il carattere di una introduzione, per dare l'avvio alla discussione del disegno di legge non tanto sotto l'aspetto della tecnica giuridica, quanto sotto l'aspetto più profondo degli interessi della cultura: attraverso le maglie predisposte da quel mio discorso, dovevano venir fuori, a riempire i vuoti lasciati da me, le opinioni degli uomini della cultura, da ciascuno dei quali ci attendevamo di sentire che cosa pensa di questo disegno di legge sotto l'angolo visuale della propria arte o dei propri studi.

Ma nella prima riunione, in realtà, da parte di quasi tutti gli oratori che intervennero nella discussione, fu approfondito soltanto l'aspetto giuridico del problema. Ora io mi permetto di richiamare oggi gli intervenuti a questa seconda riunione, che dovrebbe riuscir conclusiva, su quello che è stato lo scopo principale di questa iniziativa presa da un gruppo di riviste culturali italiane. Qui si tratta di esaminare il problema della libertà di stampa, quale è riproposto in termini concreti da questo disegno di legge, sotto lo speciale angolo visuale dal quale il problema può essere visto da coloro a cui stanno

---

(*) [Testo dell'intervento di Piero CALAMANDREI nel « Dibattito sulla libertà di espressione » svoltosi a Roma il 15 e il 21 ottobre 1952 per iniziativa della rivista « Comunità ». Pubblicato in « Il Rinnovamento d'Italia » (Roma), a. I, n. 31, 27 ottobre 1952, e in « Comunità » (Roma), a. VI, n. 16, dicembre 1952, pp. VIII-IX]. [*Bibliografia*, n. 655].

a cuore le sorti della cultura: si tratta insomma di vedere qui, se e in che limiti questo disegno di legge offenda, attraverso la libertà di stampa, la libertà della cultura.

Sotto questo profilo mi pare che di tutte le disposizioni del disegno di legge quella più pericolosa e preoccupante, anche per gli interessi della cultura, sia quella contenuta negli articoli 7 e 8 del disegno, che concernono il sequestro e la consegna obbligatoria degli esemplari.

Può essere opportuno che riassuma rapidamente ciò che ebbi a dire su questo punto nella mia precedente relazione.

L'art. 21 della nostra Costituzione, il quale non si può dire veramente che sia tra i meglio redatti, enuncia in maniera categorica il principio che « la stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o a censure »; ma colle disposizioni dei commi successivi apre la via a tali limitazioni di questo principio, che esso stesso rischia di rimaner compromesso e soffocato.

Infatti nel comma seguente lo stesso art. 21 ammette che « nel caso dei delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi » si possa procedere a sequestro degli stampati, purchè « per atto motivato dell'autorità giudiziaria »; ma poi soggiunge che in tali casi « quando vi sia assoluta urgenza » il sequestro della stampa periodica può « essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria ».

Quali siano i casi in cui questo sequestro può avvenire, l'articolo 21 della Costituzione non dice; essa rinvia, per la determinazione dei casi, alla legge sulla stampa: cioè a una legge ordinaria, la quale deve indicare quali, tra i vari delitti che possono essere compiuti a mezzo della stampa, possano dar luogo alla misura eccezionale del sequestro.

La legge ordinaria finora in vigore era il decreto legislativo 31 maggio 1946, il quale limitava il sequestro alle sole pubblicazioni ritenute oscene o offensive della pubblica morale, ovvero divulgative di mezzi rivolti a impedire la procreazione o a procurare l'aborto. Ma il disegno di legge ora proposto, che dovrebbe prendere il posto del decreto del 1946, pone invece nel suo articolo 7, un lungo elenco di reati che potrebbero dar luogo a sequestro, nel quale ai due casi già previsti si aggiungono una diecina e più di reati di carattere tipicamente politico, come quelli (per dirne alcuni) di offese al Sommo Pontefice, o di vilipendio « alla religione dello Stato » o di « vilipendio al governo ».

In tutti questi casi il sequestro permesso in via eccezionale dalla Costituzione dovrebbe essere giuridicamente un sequestro *successivo, non preventivo,* il sequestro preventivo presuppone l'autorizzazione preventiva: ammettere che l'autorità possa sequestrare uno stampato ancora in tipografia, prima che sia pubblicato, vorrebbe dire ristabilire

di fatto la censura sulla stampa. Siccome secondo la Costituzione autorizzazione e censura preventiva non può esservi, anche il sequestro, per non contraddire a questo principio, dovrà essere *successivo*: prima si pubblica, poi si sequestra; si sequestra quello che è già stampato, non quello che è ancora in composizione.

Senonchè l'art. 8 del disegno di legge stabilisce che ogni stampatore « prima della diffusione o della consegna al committente » (cioè, in sostanza, *prima della pubblicazione*) ha l'obbligo di consegnare quattro esemplari di ogni stampato, uno « alla Procura della Repubblica o alla Pretura nelle località che non siano sede di Tribunale e alla Prefettura ». E se la consegna abbia luogo « fuori dell'orario dell'ufficio giudiziario » (come necessariamente dovrebbe avvenire per i quotidiani che si pubblicano nelle ore notturne), essa dovrà farsi « presso l'ufficio *delegato* dal procuratore della Repubblica », che sarà, naturalmente, un ufficio di Polizia.

In questo modo, se il disegno di legge diventasse legge, non solo il sequestro da parte dell'autorità giudiziaria sarebbe esteso a una quantità di ipotesi di reati tipicamente « politici »; ma si istituirebbe in realtà come normale il sequestro di *polizia,* perche i giornali che si pubblicano nelle ore notturne sarebbero normalmente sottoposti al giudizio non dell'autorità giudiziaria che di notte giustamente si riposa, ma degli agenti di polizia sempre vigili, con tutti i pericoli di arbitri e di equivoci che è facile immaginare. Da questo alla censura preventiva di polizia il passo è breve: o forse non c'è bisogno neanche di questo breve passo: perchè gli editori e i direttori di giornali, per evitare la grave iattura di questo sequestro ordinato da organi di polizia, sarebbero portati a mettersi preventivamente d'accordo con le autorità politiche, sottoponendo al loro esame gli scritti prima di stamparli: il che di fatto riporterebbe la stampa a quel regime della preventiva autorizzazione che la Costituzione, almeno di nome, ha voluto bandire.

Se il disegno di legge sarà approvato, accadrà dunque da ora innanzi non solo che uno scritto potrà essere sequestrato per vilipendio della « religione dello Stato » o per « vilipendio del governo »; ma che il giudizio sulla sussistenza di tali pretesi reati sarà affidata a un agente di polizia!

Questo secondo me il punto che deve mettere in stato di estrema preoccupazione, direi in stato di allarme, tutte le persone di cultura. Questi delitti solo per una linea sottilissima, spesso impercettibile, si distinguono dalla critica filosofica o politica. Ogni critica in materia religiosa può apparire, a un censore di ristretta intelligenza, eresia ed offesa al Pontefice; la polemica politica, espressione di quel diritto di

opposizione che è l'ossigeno delle democrazie, può facilmente apparire a chi è al governo, come vilipendio al governo.

Ora, finchè il trovar la distinzione tra il delitto e la critica è rilasciato all'autorità giudiziaria, si può aver qualche speranza che questa distinzione sia fatta in modo da non offendere la libertà di critica e di cultura: quantunque, anche quando questo compito è affidato all'autorità giudiziaria, tale discriminazione sia spesso difficilissima. Conosco un caso, tuttora *sub iudice,* in cui un professore nostro amico è stato rinviato a giudizio per offesa al Sommo Pontefice solamente per aver riferito in un suo articolo un passo della preghiera di S. Bernardo a Papa Eugenio III!

Vedete come anche per l'autorità giudiziaria può esser difficile trovar la linea di distinzione tra il delitto e la storia! Ma il pericolo diventa gravissimo quando il compito di trovare caso per caso questa discriminazione venga affidato, invece che a un magistrato, che è una persona colta, a un agente di polizia, che, senza volere in alcun modo offendere questa benemerita categoria di funzionari, non è obbligato ad avere una particolare sensibilità in materia di critica artistica o di letteratura, di filosofia o di storia delle religioni. Il caso del divieto fatto da qualche Questura all'affissione del manifesto che riproduceva la nudità della Venere del Botticelli, sta a dimostrarlo!

E allora il problema fondamentale al quale gli intervenuti devono rispondere oggi a conclusione di questa nostra riunione è, secondo me, il seguente: gli uomini di cultura possono restare inerti di fronte a questo disegno di legge? possono creder sul serio ch'esso non contenga una grave minaccia per gli scopi che si propongono le riviste da loro dirette? o non credono invece che i loro studi di storia, di politica e di filosofia, e perfino di medicina o di psicologia, la libertà della loro scienza e della loro arte — *la libertà della cultura,* insomma — non si trovi messa in imminente pericolo da questa censura preventiva di polizia che il disegno di legge sulla stampa verrebbe a ristabilire, come nei regimi di più soffocante tirannia?

XVIII

IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE DELLE LEGGI (*)

Prima che parli, per concludere, l'amico Esposito il quale in questo dibattito ha fatto un po' la parte del pubblico accusatore, consentitemi di dirvi qualche parola in veste di imputato. Avete sentito con quale energica rudezza l'amico Esposito e l'amico Andrioli hanno inveito contro i « costituenti », contro i *conditores;* mentre essi parlavano, di costituenti presenti ce ne erano due: uno era il prof. Tosato, Sottosegretario alla Giustizia, e uno ero io; il prof. Tosato è andato via prima di sentire la fine della requisitoria. Solo io sono rimasto, sotto il peso di quelle accuse.

Ora io vorrei, soprattutto per i colleghi stranieri i quali hanno sentito a quali critiche (fondate, sensate ed autorevoli) si presta questa Corte costituzionale ancor prima della sua entrata in funzione, dare qualche spiegazione, perchè non si creda che in Italia non si riesca più a fare una legge che sia tecnicamente ben congegnata.

Bisogna rendersi conto di una verità (della quale io auguro all'amico Esposito, quando sarà senatore di diritto, di accorgersi), che è assai più facile criticare le leggi che farle. Specialmente ciò è vero nel sistema parlamentare; il quale ha molti difetti, ma ne ha meno di tutti gli altri sistemi che gli uomini hanno finora saputo escogitare per governarsi, sicchè le critiche che gli si rivolgono devono sempre essere indirizzate a far sì che esso si perfezioni e si consolidi.

Nel sistema parlamentare succede che quando si incomincia a discutere di leggi tra appartenenti a gruppi che hanno tendenze politiche diverse, non è facile farsi ascoltare con argomenti di pura tecnica giuridica: le leggi non vengono fuori da dissertazioni concettuali, ma da un urto di tendenze politiche e di interessi concreti, che di solito si

---

(*) [Intervento nella discussione sul tema: « Il controllo giurisdizionale delle leggi », in « Atti del Congresso internazionale di diritto processuale civile » tenuto a Firenze, 30 sett.-3 ott. 1950 (Padova, Cedam, 1953, pp. 74-76)]. [*Bibliografia*, n. 674].

compongono in un compromesso. Ora tutti i difetti di questa legge sulla istituzione della Corte costituzionale derivano appunto dal fatto che essa è nata da un compromesso.

C'erano in lizza due possibili sistemi, ognuno in sè logicamente coerente.

Da una parte il sistema nord-americano, secondo il quale il sindacato sulla costituzionalità delle leggi è affidato all'autorità giudiziaria ordinaria. Qualunque giudice può riconoscere illegittima, cioè contraria alla costituzione, la legge che è chiamato ad applicare in concreto; e quindi dichiararla invalida *ex tunc*, per una invalidità che vizia la legge fin da quando è nata, e che il giudice, con effetto limitato al caso singolo, si limita ad accertare. Nella terminologia propria del diritto privato, si direbbe che la legge contraria alla costituzione è nulla, non annullabile; ma questo accertamento di una nullità preesistente, nel sistema nord-americano ha effetto limitato al caso singolo (anche se poi, per il principio della autorità obbligatoria dei precedenti, si ripercuote su altri casi simili).

L'altro sistema, contrapposto al primo, è quello austriaco: secondo il quale è istituita al vertice dello Stato una Corte apposita, che ha il monopolio del sindacato costituzionale sulle leggi: a questo consesso supremo possono ricorrere non i singoli cittadini in occasione di un processo individuale, ma solo certi organi specificamente legittimati a questo reclamo (organi giudiziari o amministrativi, enti locali, gruppi di elettori ecc.), i quali denunciano in via principale la incostituzionalità di una legge e chiedono che la Corte suprema annulli *ex nunc* ed *erga omnes*. Qui, dunque, la legge contraria alla costituzione non è nulla, ma annullabile; ma, una volta annullata, cessa di aver valore per tutti i giudici.

Sono due sistemi che hanno i loro pregi e i loro difetti: ma ciascuno è in sè coerente. Ora in Italia, dopo aver tanto discusso se adottare l'uno o l'altro, siamo arrivati a un compromesso; si è adottato un sistema che ha preso un po' di qua e un po' di là. Di qui l'origine di tutti gli inconvenienti. E' sommamente utile che la dottrina non solo faccia critiche negative sull'argomento, ma suggerisca rimedi per eliminare i difetti, come ha fatto il prof. Guarino; in sede legislativa si sarebbe ancora in tempo a migliorare il sistema, perchè la legge ordinaria che deve dare attuazione agli articoli sulla Corte costituzionale contenuti nella Costituzione non è ancora venuta in discussione, e può darsi che, quando verrà in discussione tra due o tre mesi, si possa riuscire ad introdurvi qualche miglioramento tecnico suggerito dalla dottrina. Il problema essenziale, secondo me, è quello di trovare il modo di conciliare, nel pronunciare sulla incostituzionalità di una

legge, la nullità *ex tunc* per il caso singolo, coll'annullabilità *ex nunc erga omnes.*

Secondo l'art. 136 della Costituzione, la pronuncia di illegittimità costituzionale fa sì che la legge perda efficacia dal giorno dopo; il che vuol dire che fino ad oggi era efficace. Ora come si fa, di fronte a questo art. 136 che chiaramente allude a un annullamento *ex nunc*, ad ammettere che questo annullamento *ex nunc* possa nel singolo processo retroagire come dichiarazione di nullità *ex tunc*?

Di questo problema neanche nel sistema austriaco si è trovata una costruzione che soddisfi a pieno la logica giuridica. Nella relazione del Kelsen è detto che le decisioni della Corte costituzionale hanno effetto *ex nunc*, ma che a quel tribunale che ha denunciato la incostituzionalità della legge si dà, quasi « come premio », il privilegio di applicare retroattivamente la pronuncia di incostituzionalità nel processo in corso, rimasto sospeso.

Ora questo è un problema di logica giuridica, di cui invano chiederete la soluzione ai legislatori, che sono politici, non giuristi; siete voi, giuristi, che dovete suggerire ai politici le formule giuridiche meglio idonee a esprimere la loro volontà.

Un altro punto, sul quale non mi pare che i relatori si siano attardati quanto forse meritava, è il problema della natura giurisdizionale o politica della Corte costituzionale. Il sindacato sulle leggi demandato alla Corte costituzionale va messo in relazione colla parte proemiale della Costituzione e colla parte prima, quella dedicata ai diritti e doveri dei cittadini, la quale contiene una quantità di disposizioni che non sono precettive ma che esprimono soltanto desideri, programmi, propositi politici. Potrà la Corte costituzionale sindacare se le leggi ordinarie avranno tradito questi desideri e questi propositi? Se si tratta di disposizioni le quali vietano al legislatore ordinario di legiferare in un certo senso, allora la difficoltà non sorge: quando c'è un articolo che assicura la libertà di stampa, è chiaro che se domani una legge la sopprime, questa legge è contraria alla Costituzione e la Corte costituzionale per annullarla non avrà bisogno di fare opera di sindacato politico. Ma ci sono altre ipotesi, nelle quali la Costituzione traccia al legislatore direttive di carattere positivo, dicendo, per esempio, che la Repubblica difende l'unità della famiglia, o favorisce l'elevazione economica dei poveri, e così via. Se la Repubblica non farà niente di tutto questo, e si asterrà dal legiferare, la Corte costituzionale, contro l'inerzia, non potrà intervenire. Ma se il legislatore emanerà leggi su quella materia, ma non nel senso desiderato dalla Costituzione, potrà la Corte sindacare se le direttive politiche date dalla Costituzione siano state sodisfatte? E' facile intendere che qui si rischia di scivolare dal sindacato giurisdizionale in quello politico.

E qui vi è certo un pericolo. Ho sentito dire da uno dei colleghi stranieri, che una delle ragioni per cui nella Costituzione di Weimar la Corte costituzionale non ha funzionato, è stato proprio questo allargamento del suo sindacato nel campo politico. Mi pare che questo sia uno dei punti più delicati su cui è bene che i costituzionalisti gridino francamente il loro allarme.

E non ho altro da dire; se non esprimere la speranza che il pubblico ministero mi conceda le attenuanti.

XIX

GLI ASPETTI GIURIDICO-COSTITUZIONALI DEL PROCESSO RENZI E ARISTARCO (*)

1. — Il caso dei giornalisti Renzo Renzi e Guido Aristarco (ambedue militari *in congedo*, il primo sottotenente, ed il secondo sergente di fanteria), arrestati per ordine della Procura Militare, sottoposti a giudizio dinanzi al Tribunale di Milano, e da questo condannati *per un reato di stampa*, ha suscitato nell'opinione pubblica un tale appassionato turbamento da fare apparire oggi sommamente utile questa raccolta riepilogativa di informazioni documentate, che potranno aiutare i lettori a rendersi conto con serenità dei molteplici aspetti di questo sintomatico episodio giudiziario: il quale non rimane chiuso in se stesso, nella ristretta cerchia della sorte individuale degli imputati, ma si dilata a coinvolgere problemi assai più vasti di ordine politico e costituzionale, nei quali sono in giuoco niente di meno che la libertà di pensiero, la libertà di stampa, la libertà della cultura: cioè le fondamentali libertà democratiche, ugualmente preziose per tutti i cittadini, dal rispetto delle quali dipende l'esistenza stessa della democrazia.

La condanna pronunciata dal Tribunale militare di Milano non è definitiva: contro di essa è stato proposto appello dinanzi al Tribunale supremo militare. Scopo di questa introduzione non è, e non potrebbe essere, quello di far la critica della sentenza dei primi giudici e di mettere in evidenza gli errori ad essa imputabili, sui quali pende ancora il giudizio: si usurperebbe altrimenti il compito forense dei valorosissimi difensori degli appellanti, che sapranno assolverlo collo stesso impegno di cui hanno dato prova in primo grado: e gli estranei possono solo augurarsi, in attesa del giudizio di appello, che il loro valore trovi nei giudici superiori miglior comprensione. Ma tuttavia anche l'uomo della strada, leggendo la sentenza del Tribunale militare

---

(*) [Pubblicato in P. Calamandrei, R. Renzi, G. Aristarco, *Dall'Arcadia a Peschiera* (Bari, Laterza, 1954), pp. 1-31]. [*Bibliografia*, n. 722].

di Milano, non può non rimanere perplesso dinanzi ad una affermazione, sulla esattezza della quale tutti possiamo esser buoni giudici, perchè si riferisce non alle vicende interne del processo, ma alle ripercussioni esterne che esso ha avuto sull'opinione pubblica: là dove la sentenza afferma che lo scritto del Renzi... « ha suscitato nel pubblico in generale impressione sfavorevole, determinando reazioni e biasimi anche nello stesso ambiente giornalistico ». Qui veramente ci sembra, con tutto il rispetto per i giudici militari, che essi non siano stati bene informati, o che, per dir meglio, siano stati informati alla rovescia: perchè, se è vero che le impressioni sono state in generale sfavorevoli, è vero nel senso che questo disfavore manifestato dalla più autorevole ed equanime opinione pubblica è stato indirizzato soltanto contro chi aveva autorizzato l'arresto dei due giornalisti e aveva permesso che un preteso reato di stampa fosse deferito al giudizio di un Tribunale militare. Su questo punto del resto potrà dare esaurienti chiarimenti la documentazione raccolta in questo stesso volume: la quale, attraverso una raccolta di stralci della stampa, dimostrerà quale è stato in generale l'orientamento dell'opinione pubblica e da quali limitati pulpiti sono venute le « reazioni » e il « biasimo » contro i due imputati.

In verità, per quanto si continui a ripetere che i giudizi debbono svolgersi in un'atmosfera di distaccata serenità non turbata da passioni di ordine politico, è certo che anche in questo processo contro Renzi ed Aristarco (come in tanti altri che hanno agitato e agitano da dieci anni a questa parte l'opinione pubblica italiana), i cittadini hanno visto quasi riprodotti *in vitro*, come nel più piccolo frammento di specchio si riflette l'immagine del mondo, gli aspetti inquietanti di una più vasta crisi che travaglia la vita politica italiana. E' accaduto sempre, e continua ad accadere, che in quei periodi di torbida irrequietezza collettiva che immediatamente precedono o seguono i grandi cataclismi sociali, una vicenda giudiziaria individuale diventi nel sentimento popolare il simbolo e il sintomo di un più vasto contrasto di forze, in cui tutti i cittadini, da una parte o dall'altra, si senton coinvolti. E quando l'attenzione pubblica si concentra così, quasi trattenendo il respiro, su un'aula di tribunale, diventata lo spiraglio rivelatore attraverso il quale si può intravedere, dietro la vicenda individuale, lo sfacelo di tutta una società, questo cessa di essere un caso giudiziario, e può diventare il segno premonitore di una svolta storica: esempi lontani e recenti, italiani e stranieri, sono nella mente di tutti.

Ora, anche in questo processo contro Renzi e Aristarco si rispecchiano, in un caso quanto mai significativo, gli urti e le incoerenze in cui si agita da dieci anni, in questo inquieto e incerto dopoguerra,

la vita politica italiana: e soprattutto par di vedere in questo processo un episodio caratteristico di quella che si potrebbe chiamare la « controffensiva dei fantasmi », colla quale, a dieci anni di distanza dal crollo ignominioso del fascismo, i superstiti di quel crollo par che si illudano di poter cancellare la storia.

Proprio per la risonanza generale di questo processo, per il suo carattere esemplare e, si potrebbe dire, paradigmatico, questo libro opportunamente mette a disposizione dei lettori i dati indispensabili per farsi su di esso un'opinione serena; ma più che sulla soluzione giusta del singolo caso, è necessario che i lettori si facciano un'idea chiara dei problemi di portata generale, giuridici e politici, che il caso singolo propone, più che ai giudici, a tutti i cittadini gelosi della loro libertà.

2. — Il primo di questi problemi giuridici è quello che concerne la competenza giurisdizionale dei Tribunali militari. Renzo Renzi e Guido Aristarco sono stati rinviati a giudizio il primo per aver scritto e l'altro per aver pubblicato sulla rivista di cui era direttore responsabile, un articolo in cui è stato ravvisato il reato di oltraggio alle Forze armate. Questo reato è previsto e punito dal Codice penale comune (art. 290): Renzi e Aristarco pur essendo soggetti agli obblighi militari, come la più gran parte dei cittadini di sesso maschile dall'età di leva fino alla vecchiaia, sono attualmente *in congedo*, cioè, per adoprare l'espressione del linguaggio ordinario, sono « borghesi », non militari. Come è potuto avvenire che due « borghesi » imputati di un reato di stampa, commesso nell'esercizio della loro professione civile e previsto dal Codice penale comune, siano stati sottratti alla giurisdizione ordinaria, e sottoposti alla giurisdizione militare, che dovrebb'essere, secondo il significato naturale di questa espressione, una giurisdizione speciale fatta per i militari e non per i « borghesi »?

La risposta a questa domanda è molto semplice: questa estensione della giurisdizione militare oltre quei limiti che sembrerebbero dettati, più che dallo spirito democratico della nostra Costituzione, dal buon senso e dal significato comune delle parole, non è che una delle tante assurde sopravvivenze della legislazione fascista in aperto contrasto coi princìpi fondamentali della Costituzione repubblicana. La competenza dei Tribunali militari, infatti, è tuttora formalmente regolata dal Codice penale militare del 1941, codice tipicamente fascista, non tanto perchè elaborato e pubblicato sotto il fascismo, quanto perchè tutto imbevuto di quello spirito autoritario ed autocratico, e più che militare goffamente caporalesco, che fu una delle caratteristiche dello « Stato-caserma » idoleggiato da quel regime.

Secondo quel Codice l'ambito della giurisdizione penale militare è delimitato secondo due criterî: criterio *oggettivo*, secondo la natura del reato (*ratione materiae*) e criterio *soggettivo*, secondo lo stato personale di colui che è imputato di averlo commesso (*ratione personae*). Secondo il criterio *oggettivo*, si distinguono tre categorie di reati: quei fatti che sono previsti come reati soltanto dalla legge penale militare (reati « *esclusivamente* militari », art. 37 C. p. m.); quelli che sono previsti come tali tanto dalla legge penale militare quanto da quella comune (reati che la dottrina chiama « *semplicemente* militari »); quelli che sono previsti come tali soltanto dalla legge penale comune (« reati comuni »). Le prime due categorie sono comprese dal Codice penale militare sotto la denominazione generica di reati « militari ».

Sotto il profilo *soggettivo*, si distinguono tre categorie di persone: i militari « in servizio alle armi » (art. 3 C.p.m.); i militari « in congedo » ma aventi ancora obblighi militari (art. 7 C.p.m.); coloro per i quali gli obblighi militari non sono mai sorti o sono definitivamente cessati per congedo assoluto (art. 8, art. 14 C.p.m.). Le due prime categorie, dei militari « in servizio alle armi » e di quelli « in congedo » non assoluto, sono comprese dal Codice penale militare sotto la denominazione di « appartenenti alle forze armate » (art. 2 C.p.m.).

Sulla base di queste distinzioni, la competenza dei tribunali militari in tempo di pace, invece di rimanere strettamente limitata ai reati « esclusivamente » militari (*ratione materiae*) commessi da militari « in servizio alle armi » (*ratione personae*), fu estesa dal Codice fascista in modo da invadere il campo della giurisdizione comune, sotto due diversi profili: sotto l'aspetto oggettivo, in quanto tale competenza fu allargata in certi casi a conoscere di reati « semplicemente » militari, cioè di reati che, essendo previsti anche dal Codice penale comune, dovrebbero logicamente essere di competenza dei giudici ordinarî; e sotto l'aspetto soggettivo, in quanto in certi casi la competenza dei Tribunali militari fu estesa a conoscere dei reati commessi da « borghesi » che, pur non essendo attualmente « in servizio alle armi », siano però tuttora soggetti agli obblighi militari, cioè tuttora «appartenenti alle forze armate ».

E' facile intendere come, attraverso questi due varchi, si sia potuta compiere, quasi senza che i cittadini abbiano potuto rendersene conto, questa singolarissima « militarizzazione » della giustizia, in grazia della quale la massima parte dei « borghesi » di sesso maschile, dall'adolescenza alla vecchiaia si sono trovati a loro insaputa sottratti alla giurisdizione ordinaria per reati previsti dalla legge comune e assoggettati

ai giudici militari per fatti compiuti nell'esplicazione della loro attività non di militari, ma di cittadini e di professionisti. Attraverso quelle sapienti combinazioni di formule giuridiche, di cui l'uomo della strada non prevede i tranelli, il legislatore fascista era riuscito così a far entrare nella elastica qualificazione di reati « militari », fatti che di militare non avevano nè l'elemento oggettivo nè quello soggettivo: e aveva creato una situazione paradossale, nella quale poteva avvenire che, anche dopo avere assolto con onore i loro obblighi di leva ed esser tornati magari da qualche decennio alla vita borghese, i cittadini potessero essere arrestati e tradotti, come coscritti ribelli alla disciplina della caserma, dinanzi a giudici gallonati, per risponder di fatti commessi nella esplicazione della loro attività politica o della loro professione civile e della loro arte.

3. — Tutto questo poteva anche apparir naturale al tempo del fascismo, quando si viveva in condizione di mobilitazione permanente e ogni buon cittadino aveva, sotto la spregevole giacca borghese, la nera camicia del milite (con quei bei frutti che poi si videro). Ma come può esser tollerata oggi una siffatta esorbitanza autoritaria della giurisdizione militare, quando la Costituzione prescrive che anche l'ordinamento delle forze armate si uniformi « allo spirito democratico della Repubblica » (art. 52 Cost.)?

La sopravvivenza dei Tribunali militari in tempo di pace (dei quali da più parti durante i lavori preparatorî della Costituente era stata proposta l'abolizione) è oggi giustificabile, se è giustificabile, soltanto per ragioni *tecniche*, attinenti alla particolare conoscenza della disciplina militare, le cui regole si ritiene che non possano essere intese ed applicate se non da giudici che siano professionalmente esperti e partecipi di quella disciplina: è la stessa ragione per la quale nell'interno di certi ordini professionali la giurisdizione disciplinare, fondata sul costume vissuto più che su regole scritte, è affidata ad organi formati dagli stessi professionisti.

Anche per la disciplina militare si può concedere che certe sue esigenze e la gravità di certe infrazioni non possano esser valutate a dovere se non da giudici tecnicamente esperti, cioè da militari; ma questo, se può esser sempre vero in tempo di guerra, non può ammettersi in tempo di pace se non quando si tratti di infrazioni ai doveri militari commesse da chi si trova in servizio alle armi. Quando invece si tratta di reati previsti anche dal Codice penale comune e commessi da chi non si trovi attualmente in servizio militare, i giudici anche tecnicamente più idonei a giudicar di essi non possono essere che i giudici ordinari, cioè i giudici togati. Ammettiamo che, se la condotta del mi-

litare *in servizio* potesse esser giudicata, invece che dai suoi superiori da giudici « borghesi » non esperti della disciplina militare, questo potrebbe costituire una menomazione del prestigio dei superiori e un indebolimento della stessa disciplina interna dell'esercito; ma quando si tratta di giudicare la condotta di cittadini *che non si trovano attualmente in servizio alle armi,* lo sconfinamento della giurisdizione militare nel campo della giustizia ordinaria non si può giustificare né con ragioni di competenza tecnica né con ragioni di prestigio: questa estensione di una tutela disciplinare fuori dal campo di azione della stessa disciplina tutelata, assumerebbe il carattere privilegiato di una giurisdizione di casta, repugnante ai principi fondamentali di uno Stato democratico, nel quale la libertà e l'uguaglianza dei cittadini trovano la loro più efficace salvaguardia nella giustizia ordinaria, uguale per tutti. Il giudice togato dà maggior affidamento, non solo di imparzialità politica, ma altresì, per la sua preparazione umanistica e giuridica, di maggior comprensione umana e di più vasta cultura generale: il principio « *cedant arma togis* » deve aver valore anche per l'ordinamento giudiziario, se non si vuole arrivare all'assurdo, che pur si è verificato nel caso di Renzi e di Aristarco, di ritenere che la divisa militare in luogo della toga conferisca una particolare sensibilità per giudicare questioni di critica letteraria e di libertà artistica!

Tutto questo fu ampiamente discusso durante i lavori della Costituente; dove, nella generale ostilità contro tutte le giurisdizioni speciali, particolarmente in materia penale (art. 102 Cost.), sembrò da principio affermarsi la tendenza ad abolire in tempo di pace i tribunali militari, mantenendoli soltanto per il tempo di guerra; ma alla fine prevalse l'opinione di lasciarli in funzione anche in tempo di pace, purchè la loro competenza fosse *ulteriormente* limitata così in senso oggettivo (ai soli reati esclusivamente militari), come in senso soggettivo (ai soli reati commessi dai militari in servizio). Ma quando, nel lavoro di coordinamento che nelle ultime settimane si svolse in maniera sempre più affrettata, si arrivò a tradurre questa opinione in formula legislativa (art. 103 Cost.: « I tribunali militari... in tempo di pace hanno giurisdizione *soltanto* per i reati militari commessi da appartenenti alle forze armate »), si adoprarono improvvidamente espressioni ambigue, che purtroppo hanno successivamente permesso alla Magistratura di interpretare questa norma, dettata in realtà per limitare la competenza dei tribunali militari, come se avesse l'intento opposto di lasciarla del tutto immutata. In verità l'ambiguità della formula dell'art. 103 sopra ricordato, si sarebbe facilmente risolta, per un interprete accorto e fedele allo spirito della Costituzione, nell'unica spiegazione razionalmente accettabile, quale vien fuori non solo da quel significativo « soltanto » che nella formula ha intento chiaramente limitativo, ma

altresì dal conforto dei lavori preparatorî, su questo punto concordanti, e soprattutto dal confronto sistematico dell'art. 103 con altre norme della Costituzione, in primo luogo col già ricordato art. 52, il quale proclama che « l'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica ». L'intento innovativo di questo ultimo articolo è evidente: e basterebbe esso, se ce ne fosse bisogno, a dimostrare il significato limitativo dell'art. 103: « può lo 'spirito democratico della Repubblica' consentire una interpretazione come quella che dalla leva fascista fino ai gradini della tomba faceva del cittadino un soldato soggetto fin quasi alla senescenza alla giurisdizione dei tribunali militari? » La risposta a questa domanda, argutamente posta da uno dei più brillanti studiosi di questo argomento (1), è intuitiva: e basterebbe questo argomento a interpretare l'art. 103 nel suo unico razionale significato.

Ma la Magistratura ha preferito di dare a questa norma una interpretazione strettamente letterale, che si riassume in questo semplicistico ragionamento: poichè l'art. 103 parla di « reati *militari* commessi da *appartenenti alle forze armate* », senza specificare quale significato voglia dare a queste espressioni, si deve ritenere che essa abbia voluto adoprarle nel senso in cui tali parole sono state adoprate finora nella legge penale militare, che di queste nozioni contiene una precisa definizione: sicchè, attraverso il rinvio alla terminologia del Codice penale militare, si deve ritenere che la Costituzione abbia voluto lasciar soggetti alla giurisdizione militare non solo i reati « esclusivamente » militari, ma anche i reati « semplicemente militari », cioè previsti come tali anche dal Codice penale comune; non solo i reati commessi da militari in servizio, ma anche quelli commessi da militari in congedo. Come prima, meglio di prima!

Così, appoggiandosi alla lettera (certamente in sè non molto perspicua), la giurisprudenza ha fatto dire all'art. 103 della Costituzione proprio il contrario di quello che con esso la Costituente unanime aveva voluto dire: la norma dettata per innovare, è stata intesa come dettata per conservare! Ma di questa « sordità costituzionale » di certe magistrature non c'è da meravigliarsi: di questo immobilismo conservatore della giurisprudenza, che, chiamata ad applicare la Costituzione repubblicana, si rifiuta di dare ascolto allo spirito innovatore che l'anima e di collaborare così a farla vivere, e si ostina, pur prestando gretto ossequio alla lettera, a restar fedele allo spirito del passato regime, non è questo il solo esempio; molti altri, purtroppo, si potrebbero ci-

---

(1) G. Bellavista, *Costituzione e giurisdizione militare*, in « Rivista ital. di dir. proc. penale », anno I, fasc. I, 1954.

tare in altri campi. Di tale tendenza, del resto, lo stesso accusatore militare, nella sua requisitoria contro Renzi e Aristarco, ha fatto aperta apologia, quando ha dichiarato con lodevole sincerità che « la questione dell'art. 103 della Costituzione è una faccenduola che porta una barba di tre anni: sentiremo ripetere le stesse cose dagli avvocati chissà per quante volte, ma noi tireremo diritti » (1).

E' evidente che da magistrati per i quali gli articoli della Costituzione sono faccenduole barbute che non impediscono ai benpensanti di continuare a « tirare diritto » (come un tempo, con sì mirabile riuscita, si fece), non c'è da attendersi una interpretazione dell'art. 103 che vada oltre la lettera. E' indispensabile quindi che, a far rientrare la giurisdizione militare nei limiti voluti dalla Costituzione, intervenga anche qui il legislatore ordinario, con opportuni ritocchi a quelle disposizioni del Codice penale militare che sono evidentemente inconciliabili coll'ordinamento costituzionale oggi vigente: e infatti, sulla scia del movimento di opinione pubblica suscitato dall'arresto di Renzi e di Aristarco, tre proposte di iniziativa parlamentare furono presentate alla Camera da deputati di diverse tendenze politiche. Ma finora non sono state portate in discussione: e temo che, se l'opinione pubblica non insisterà, rimarranno lettera morta (2).

4. — Questa vigilanza dell'opinione pubblica è particolarmente indispensabile oggi, perchè il caso di Renzi e di Aristarco non è isolato: i princìpi giuridici dai quali i giudici militari sono partiti per affermare la propria competenza a decidere di questo caso, sono tali che, se fossero tenuti fermi, costituirebbero veramente una continua intimidazione sospesa sulla libertà politica della massima parte dei cittadini italiani, cioè di tutti coloro che, pur non trovandosi attualmente in servizio militare, sono ancora in età di potervi essere richiamati.

Forse l'opinione pubblica non si è ancora abbastanza resa conto della gravità sintomatica e diciamo così *contagiosa* del caso di Renzi e Aristarco: e per questo è dovere degli uomini di cultura perseverare

---

(1) « Corriere della Sera », 6 ottobre 1953, p. 2.

(2) Si tratta delle proposte di legge 24 settembre 1953 d'iniziativa dei deputati Luzzatto, Badini Confalonieri ed altri; 29 settembre 1953, d'iniziativa dei deputati Capalozza ed altri; 29 settembre 1953, d'iniziativa del deputato Ariosto (Atti parlamentari, Camera dei deputati, Legisl. II, Doc. nn. 170, 186, 187). Le tre proposte potrebbero esser coordinate e fuse in un unico testo, il quale potrebbe in sostanza limitarsi a chiarire che, agli effetti della legge militare, si intendono per « appartenenti alle forze armate » solamente i militari in servizio alle armi e non i militari in congedo.

con fermezza (come si cerca di fare col volume che qui si pubblica) a richiamare l'attenzione degli italiani su questo sorprendente episodio processuale, per mettere in chiaro le pericolose sopravvivenze che esso (insieme con altri cento episodi della stessa natura) tipicamente rivela, e per reclamare i rimedi urgenti che esso, per la sua stessa assurdità, suggerisce.

Renzi ed Aristarco, come già ho detto, sono stati condannati per « vilipendio alle Forze armate dello Stato », cioè per un reato che è previsto dall'art. 81 del Cod. penale militare. Ma questo reato è previsto anche, con formula identica, dall'art. 290 del Cod. penale comune: esso non è dunque un reato « *esclusivamente* » militare, ma è uno di quei reati « *semplicemente* » militari, che rientrano nella competenza dei tribunali militari solo *ratione personae,* quando chi li ha commessi è un militare in servizio alle armi o in congedo.

Si noti che, se c'è un reato a giudicare del quale si potrebbe pensare che gli organi meno idonei siano proprio i tribunali militari, questo è proprio il reato di « oltraggio alle forze armate »; non sembra infatti che l'oltraggiato possa essere il giudice meglio disposto a giudicare con imparziale serenità e comprensione l'oltraggiatore. Non vogliamo dire con questo che la sentenza del Tribunale militare di Milano che ha condannato Renzi ed Aristarco difetti di serenità; anzi è giusto riconoscere che la sua motivazione (altrettanto non si potrebbe dire della requisitoria dell'accusatore) si distingue per un notevole senso di misura e per uno sforzo di comprensione storica ed umana, quale non sempre si trova neanche nelle sentenze dei giudici ordinari. Ma anche se nel caso di Renzi ed Aristarco i giudici militari hanno saputo essere superiori al risentimento, questo non esclude che in generale, in casi come questo, il principio, universalmente valido, « *nemo judex in re sua* » sarebbe meglio rispettato affidando la decisione ai giudici ordinari.

Ma la pericolosità contagiosa del caso Renzi e Aristarco consiste in altro. L'art. 7 del Codice penale militare stabilisce che la legge penale militare si applica anche ai militari in congedo « quando commettano alcuno dei reati contro la fedeltà o la difesa militare »; ora sotto questo titolo del Codice penale militare (artt. 77-102) sono previsti, con disposizioni spesso identiche o somiglianti, reati puniti anche dal Codice penale comune, sotto il titolo dei « delitti contro la personalità dello Stato ». Tra questi reati comuni ai due Codici, e quindi considerati dal Codice penale militare come reati « semplicemente » militari, non c'è soltanto l'oltraggio alle Forze armate, ma ci sono altri reati *di natura schiettamente politica* (come potrebb'essere, ad esempio, il vilipendio delle istituzioni costituzionali, tra cui il governo), che ri-

marrebbero così devoluti alla competenza dei giudici militari quantunque in essi non sia ravvisabile neanche indirettamente una qualsiasi infrazione alla disciplina militare.

Quando si pensa come sia difficile stabilire in materia politica, specialmente in certi periodi di più accesa polemica, una linea netta di discriminazione tra la critica lecita e l'oltraggio punibile, tra l'opposizione e il vilipendio al governo, è facile accorgersi quale arma di intimidazione e di repressione potrebbe diventare, per un governo disposto a valersi di questi mezzi, la giurisdizione militare minacciata o adoprata contro gli oppositori. In questo modo, attraverso la competenza dei Tribunali militari su certi reati politici presentati come reati militari, la giurisdizione militare, la cui sopravvivenza è stata giustificata soltanto colle esigenze tecniche della disciplina dell'esercito in armi, diventerebbe, per la massima parte dei cittadini italiani politicamente attivi (quali sono quelli che, pur non trovandosi sotto le armi, sono ancora in età di potervi essere richiamati) uno strumento di censura politica che investirebbe tutta la loro vita civile, e perfino, com'è avvenuto nel caso di Renzi e Aristarco, le manifestazioni dell'arte e della cultura. Così si può dire che nell'Italia d'oggi solo i riformati alla leva godano della piena libertà politica: per gli altri, ogni manifestazione politica può dar luogo all'arresto e al processo *manu militari*. Sulla gravità di questa minaccia alla libertà, che potrebbe diventare senz'altro operativa in un periodo di accesa crisi politica, non c'è bisogno di insistere: quando si pensa che nell'ordinamento prefascista reati politici, ed in ispecie quelli di stampa, non solo erano di competenza della giurisdizione ordinaria, ma avevano in più fin dal 1848 la garanzia della giuria popolare, non si può dire che sia da considerarsi un progresso in senso democratico la situazione dell'Italia d'oggi, dove il giudizio sui reati politici, anche se commessi a mezzo della stampa, può essere demandato *ratione personae* ai giudici militari: il che potrebbe far pensare che in Italia siano già pronti all'occorrenza, senza bisogno di speciale proclamazione, gli strumenti giudiziari dello stato d'assedio.

5. — Il problema della sopravvivenza della giustizia militare in forme che sono in aperto contrasto colla Costituzione repubblicana, richiama l'attenzione su un altro problema connesso, la cui soluzione anch'essa si trascina senza costrutto, da quando è entrata in vigore la Costituzione repubblicana: il problema del riordinamento del Tribunale supremo militare, il quale avrebbe dovuto esser compiuto, se s'ha da credere alla Disp. trans. VI della Costituzione, entro un anno da quella data.

Invece di un anno, ne sono passati più di sei: e il Tribunale supremo militare continua a funzionare in aperto contrasto colla disposizione dell'art. 111 della Costituzione, secondo la quale contro tutte « le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi ordinari e speciali, è sempre ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge ». Non v'ha dubbio che, a norma di questo articolo, anche le sentenze del Tribunale supremo militare dovrebbero essere impugnabili in cassazione per violazione di legge; ma in realtà il Tribunale supremo militare da sei anni si sottrae a questo sindacato di legalità, favorito in questa sua noncuranza (curiosa connivenza) dalla stessa Corte di Cassazione; la quale, mentre nei confronti di tutti gli altri organi giudiziarî riconosce che l'art. 111 è una norma precettiva entrata immediatamente in vigore, fa eccezione soltanto per questo Tribunale supremo militare, ritenendo che, fino a quando non sarà avvenuto il suo riordinamento tuttora tenuto sospeso, il precetto della Costituzione si spunta contro la posizione privilegiata di esso, « *legibus solutus* ».

Anche qui può darsi che i non giuristi non si rendano conto a prima vista della gravità di questa infrazione costituzionale, che perpetua, a carico dei giudicabili deferiti ai Tribunali militari, una flagrante situazione di disuguaglianza nei confronti di coloro che sono giudicati dai Tribunali penali comuni.

L'ordinamento della giustizia penale ordinaria assicura a tutti i giudicabili (ora anche nei giudizi d'Assise) la garanzia del « doppio grado di giurisdizione », cioè il diritto di proporre appello contro la sentenza del primo giudice e ottenere così dinanzi al giudice superiore un riesame integrale della causa, in fatto e in diritto. Esaurito il doppio grado, contro la sentenza d'appello è proponibile il ricorso alla Corte di Cassazione, la quale, fermo rimanendo il fatto, si limita a riesaminare, sotto il profilo della « violazione di legge », la sola questione di diritto.

Questo tradizionale sistema di impugnazioni che sale di grado in grado fino alla Corte di Cassazione, posta al vertice della piramide giudiziaria, costituisce per ogni giudicabile una sicura garanzia di giustizia, perchè è presumibile che, attraverso questi tre successivi esperimenti affidati a giudici diversi disposti in scala di autorità crescente, le possibilità di errori giudiziari siano ridotte al minimo.

Ma nel sistema della giustizia militare, qual è regolato dal Codice penale militare tuttora vigente, questa garanzia è fortemente ridotta, perchè contro le sentenze dei Tribunali militari non esiste appello, e contro di esse si può ricorrere, ma per soli motivi di diritto, al Tribunale supremo militare, il quale costituisce, in luogo della Corte di Cas-

sazione, l'organo supremo giudiziario di tutte le forze armate: manca dunque, nell'ordinamento giudiziario militare, il principio del doppio grado, e per di più il controllo *in iure* per violazione di legge è demandato, invece che alla Corte di cassazione, a un organo militare, cioè al Tribunale supremo.

Contro le sentenze del Tribunale supremo militare il ricorso alla Cassazione è ammesso soltanto in via *straordinaria,* non per violazione di legge, ma solo per motivi di « incompetenza o eccesso di potere » (art. 400 C. p. m.).

6. — Questo è, schematicamente descritto, l'ordinamento giudiziario militare che era in vigore prima della Costituzione: e che è tuttora di fatto in vigore, nonostante che la Costituzione, coll'art. 111 sopra ricordato, abbia introdotto anche contro le sentenze del Tribunale supremo militare quel ricorso *ordinario* in Cassazione per violazione di legge, che implica come necessaria conseguenza un generale riordinamento di tutta la giustizia militare, e la trasformazione del Tribunale supremo militare in organo di secondo grado, soggetto al sindacato ordinario della Corte di Cassazione.

Ma questo riordinamento, tassativamente prescritto dalla Costituzione, è stato considerato in certe sfere come un attentato rivoluzionario al prestigio del Tribunale supremo militare: l'idea che le decisioni dei giudici militari possano essere sottoposte al sindacato ordinario della Corte di Cassazione, organo supremo ed autorevole, sì, ma composto di magistrati rivestiti di toga e non di divisa, è sembrata un'idea sovvertitrice della disciplina dell'esercito, la quale verrebbe menomata (si è pensato) se la interpretazione della legge penale militare fosse affidata in ultima istanza, come la Costituzione ha voluto per tutte le giurisdizioni, alla decisione di magistrati ordinarî, la cui dottrina giuridica, per quanto profonda, non può tenere il posto dello « spirito militare ». Si è svolta allora in sede parlamentare, nel chiuso dibattito delle Commissioni ove le manovre sono meglio coperte che nella pubblicità dell'Assemblea, una lunga schermaglia per sottrarre il Tribunale supremo militare a questa asserita menomazione, e per conservargli la situazione di un organo privilegiato che, appunto perchè « supremo », non può riconoscere al disopra organi « più supremi » di lui.

E' stata questa sorda schermaglia che ha ritardato fino ad oggi, e tuttora ritarda, il riordinamento voluto dalla Costituzione. Anche questo è un capitolo della nostra storia parlamentare di quest'ultimo decennio, che meriterebbe (insieme con quello che riguarda la Corte costituzionale) di essere studiato a fondo: soprattutto cercando di rintracciare, senza fermarsi ai resoconti parlamentari, i complicati fili di quel-

le manovre di corridoio che hanno operato nell'ombra per impedire anche in questo campo l'attuazione della Costituzione. Fino dal 18 dicembre 1948 il ministro della Difesa Pacciardi, aveva presentato un disegno di legge (*Camera dei Deputati, Doc. n. 248*) per il riordinamento del Tribunale supremo militare, che proponeva la trasformazione di questo Tribunale in organo di seconda istanza (*revisio prioris instantiae in facto et in iure*) e la impugnabilità delle sue sentenze col ricorso ordinario in Cassazione per violazione di legge; ma il disegno, portato alla discussione delle commissioni riunite di Giustizia e di Difesa, trovò vivace opposizione in un gruppo di deputati (di cui fu esponente l'on. Codacci Pisanelli) i quali, più che del rispetto della Costituzione, si curavano di difendere la intangibilità della giurisdizione militare. Parve a un certo momento che il punto d'incontro tra il rispetto della Costituzione e il prestigio del Tribunale supremo militare fosse stato trovato, su proposta dell'onorevole Leone, in un sistema intermedio, il quale, pur trasformando il Tribunale supremo militare in giudice d'appello, istituiva però, per i ricorsi in Cassazione contro i provvedimenti dei giudici militari, una sezione specializzata a composizione eterogenea, che avrebbe dovuto giudicare « con l'intervento di un presidente di Sezione della Suprema Corte di cassazione, di tre consiglieri di cassazione e di tre magistrati militari » (*Relazione Leone e Carignani 26 maggio 1950, Doc. della Camera n. 248 A*).

Ma poi neanche questo espediente conciliativo soddisfece i paladini della intangibilità della giustizia militare: la discussione in assemblea fu iniziata il 15 novembre 1950, ma non fu più ripresa; e così il disegno di legge, con generale soddisfazione, rimase insabbiato. Ora è stato nuovamente ripresentato nel testo originario dal ministro Taviani (*Camera dei Deputati, Legisl. II, Doc. n. 551,* pres. il 23 dicembre 1953): e attende senza fretta il suo secondo insabbiamento.

Intanto il Tribunale supremo militare rimane di fatto il solo ed assoluto interprete della legge penale militare: contro la interpretazione da esso data, anche se arbitraria ed erronea, la Corte di Cassazione, che pure è nello Stato la suprema custode della esatta interpretazione giurisprudenziale, nulla può: *cedant togae armis*. Il che vuol dire, tradotto praticamente nelle vicende concrete di Renzi e Aristarco, che, se il Tribunale supremo militare al quale essi hanno ricorso contro la sentenza del Tribunale militare di Milano, non li assolverà, sarà ad essi negato quel diritto di ricorrere in cassazione per violazione di legge che l'art. 111 della Costituzione ha voluto assicurare ad ogni cittadino, senza escluderne i militari.

Si conferma dunque, anche sotto questo profilo, che il principio fondamentale dell'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge e alla giustizia, si arresta, nonostante lo « spirito democratico » che

l'art. 52 della Costituzione vorrebbe introdurre anche nelle Forze armate, di fronte alle tradizionali esigenze del prestigio militare.

7. — Ora, se vi fu mai un caso nel quale, per la gravità e novità delle questioni di diritto da esso suscitate, sarebbe stato desiderabile che, alla fine della vicenda giudiziaria, l'ultima parola, serena e rasserenatrice, fosse riservata alla Corte di Cassazione, questo è proprio il processo di Renzi e Aristarco: nel quale (anche lasciando da parte le questioni di competenza e di ordinamento giudiziario delle quali si è discorso finora) si sono dibattute e si dibatteranno ancora questioni di diritto sostanziale che toccano i fondamenti giuridici e politici della nostra Costituzione, il passato e l'avvenire del nostro popolo, e le dolorose vicende storiche collettive, di cui ciascuno di noi porta impresse nel cuore le cicatrici: sicchè il caso di Renzi e di Aristarco può diventare il caso di ogni cittadino italiano politicamente responsabile, che senta il dovere di fare il proprio esame di coscienza e di operare, per quanto può, affinchè le sciagure e le vergogne attraverso le quali siamo dolorosamente passati non si rinnovino.

Ciascuno di noi ha il dovere di non chiudere pigramente gli occhi sugli errori passati, di non rifiutare gli ammonimenti, anche se di severa rampogna, che scaturiscono dalla dura esperienza. E' un momento in cui il silenzio sulle colpe che portarono l'Italia alla catastrofe non sarebbe discrezione nè carità di patria, ma sarebbe soltanto viltà. Tutti noi dobbiamo far nostra la frase con cui si chiude lo scritto incriminato di Renzi: « la nostra generazione deve parlare di queste cose ». Il giudizio su Renzi e Aristarco non colpisce soltanto loro; colpisce ed appassiona, per la comunanza delle responsabilità passate e dei doveri verso l'avvenire, ciascuno di noi: *haec de te fabula narratur.*

Ma, come ho detto da principio, non può essere ufficio di questa introduzione entrare a discutere a fondo, nei loro aspetti di specie, tutte le questioni che il Tribunale militare di Milano ha dovuto risolvere (bene o male) per arrivare a condannare i due imputati. Questa discussione, fino a che il processo è aperto, è riservata agli avvocati. Qui dobbiamo limitarci, perchè tutti i lettori anche non giuristi possano rendersene conto, a riassumere, nei loro termini essenziali, i problemi posti da questo processo che possono avere una risonanza giuridica e politica di portata generale e, si potrebbe dire, di interesse nazionale. Tali problemi, in relazione alla imputazione, per la quale Renzi e Aristarco sono stati condannati, di « vilipendio alle Forze armate dello Stato », si possono ridurre, tralasciando tutte le questioni secondarie e periferiche, a due: sotto l'aspetto *oggettivo,* quali siano le « Forze armate dello Stato » delle quali oggi, nell'ordinamento costituzionale in vigore, è punito il vilipendio; e sotto l'aspetto *soggettivo,*

quali siano gli elementi intenzionali per i quali il giudizio sfavorevole assume i caratteri del vilipendio, e si trasforma, da libera espressione critica, in reato.

8. — A Renzi e Aristarco è stata imputata la pubblicazione di ricordi e commenti sulla spedizione fascista contro la Grecia, nei quali le Autorità militari hanno ravvisato un vilipendio intenzionale delle Forze armate italiane, che operarono in quella spedizione.

Tra la spedizione in Grecia e il processo a Renzi e Aristarco sono passati dieci anni: e in questo decennio è avvenuto in Italia il crollo di un mondo, che ha trascinato con sè il fascismo e la monarchia sabauda.

Renzi e Aristarco sono imputati di aver vilipeso le Forze armate di cui allora si servì nelle sue imprese il regime fascista oggi caduto. La prima obiezione che sorge dinanzi a tale imputazione, proposta a distanza di dieci anni, è questa: anche se nello scritto di Renzi si potesse ravvisare una intenzione offensiva, essa non basterebbe a far sorgere il reato, perchè le Forze armate contro le quali era diretta, per ipotesi, quella intenzione, non erano le Forze Armate dello Stato italiano *d'oggi*, le Forze armate *della Repubblica* verso le quali i militari d'oggi hanno il dovere di fedeltà, ma erano le Forze armate di un regime oggi caduto, di cui la Repubblica italiana rappresenta la vittoriosa negazione, fino al punto che chi facesse l'apologia di quel regime commetterebbe oggi un reato.

A questa obiezione il Tribunale militare di Milano ha creduto di trovare esauriente risposta nel principio della *continuità giuridica* dello Stato: « Non può disconoscersi la continuità giuridica dello Stato italiano, quantomeno dal momento storico in cui esso, riunificatasi quasi totalmente l'Italia nei suoi confini geografici, ha coinciso sostanzialmente con la Nazione italiana, identificandosi fondamentalmente con essa e col popolo italiano che la costituisce, e che, attraverso la forma, l'ordinamento giuridico, la costituzione, le istituzioni, l'organizzazione di uno Stato indipendente, ha acquistato personalità interna ed internazionale ».

Ma questo argomento della *continuità giuridica o costituzionale* dello Stato, anche se si vuol ritenere che nel passaggio dal fascismo alla democrazia e dalla monarchia alla Repubblica non vi sia stata una frattura rivoluzionaria che abbia spezzato tale continuità (4), non

---

(4) Cfr. in proposito JEMOLO, *Continuità o discontinuità costituzionale nelle vicende italiane del 25 luglio* 1943, in « Rend. Acc. Lincei » Classe Scienze morali, storiche e filologiche, marzo-aprile 1947.

sembra che sia molto appropriato per dimostrare la continuità e quindi l'identità delle Forze armate del regime fascista con quelle Forze armate, il cui vilipendio è oggi punito come reato. L'art. 81, che prevede questo reato, è compreso sotto il titolo « dei delitti contro la fedeltà e la difesa militare »: cioè come una delle infrazioni a quel *particolare dovere di fedeltà* che è inerente alla disciplina militare. Da questa premessa mi pare che derivi questa conseguenza: che il reato di vilipendio delle Forze armate può essere commesso da un militare solo in quanto le Forze armate da lui vilipese siano quelle verso le quali egli è attualmente (cioè nel momento in cui commette il reato) vincolato dal suo dovere di fedeltà.

Se questa proposizione è esatta, non sembra che la pretesa identificazione tra le Forze armate di oggi e quelle del regime fascista possa fondatamente sostenersi. La continuità giuridica dello Stato come soggetto di poteri e di obblighi internazionali ed interni, può sussistere anche se cambiano le « istituzioni costituzionali »; ma, come a nessuno verrebbe in mente di servirsi dell'argomento desunto dalla continuità giuridica dello Stato, per punire il vilipendio delle « istituzioni costituzionali » del regime fascista che oggi non esistono più (la Corona, o il Gran Consiglio del fascismo o la Camera dei Fasci e delle Corporazioni, ecc.), così la continuità giuridica dello Stato non porta necessariamente ad affermare la continuità delle Forze armate, perchè la continuità dello Stato può sussistere anche se le Forze armate (che l'art. 81 assimila, nel trattamento penale del vilipendio, alle istituzioni costituzionali) siano state in tal modo modificate nel loro ordinamento e nel loro spirito, da apparire oggi del tutto diverse da quelle che furono sotto il passato regime. Si discute, se le Forze armate siano istituzioni costituzionali o organi costituzionali, e generalmente si nega (5): e si considerano piuttosto come istituzioni di Stato *esecutive* e *subordinate*. Ma appunto perchè sono istituzioni esecutive e subordinate, la loro fisionomia varia, quasi per riflesso, col variare di quelle istituzioni costituzionali alle quali le Forze armate sono subordinate mediante il vincolo di fedeltà e di disciplina. Ciò che conta, agli effetti di questa identità richiesta perchè sussista il reato di vilipendio, non è tanto la continuità amministrativa del servizio (la quale potrebbe portare gli ufficiali in servizio attivo permanente a concludere semplicisticamente che, se non c'è stata interruzione di carriera, vuol dire che non vi è stata interruzione dell'istituzione!), quanto la continuità dello spirito

---

(5) Cfr. PIERANDREI, *Le Forze armate in Italia*, Palermo, 1944; PREDIERI, *La difesa e le Forze armate*, in « Comm. sist. alla Cost. italiana » diretto da Calamandrei e Levi, vol. I, pp. 473 e segg.

e della disciplina, che è l'elemento animatore delle Forze armate, quello che trasforma il regolamento giuridico con cui esse sono astrattamente descritte sulla carta, in una istituzione sociale vivente nella storia. Il vero volto, la carta di identità per così dire, delle Forze armate di un certo periodo storico (come potrebb'essere, nel nostro caso, il periodo del fascismo) non va ricercato nelle leggi che regolano lo stato giuridico o le promozioni o le pensioni degli ufficiali, ma va ricercato in quella che poteva essere, nella vita del regime, la funzione politica dell'esercito, sia per il modo del suo reclutamento e per gli orientamenti della sua disciplina, sia soprattutto per la natura politica degli organi supremi da cui l'esercito dipendeva e dei quali, essendo ad essi vincolato da un dovere di fedeltà, poteva diventare cieco strumento.

E allora, se si ammette così che, per stabilire la continuità o la discontinuità delle Forze armate, i « connotati » che veramente contano sono quelli sociologici e politici e non quelli strettamente giuridici e regolamentari, ci sembra che non ci voglia lungo sforzo a concludere che l'esercito d'oggi non è (*e non deve essere*) l'esercito del tempo della monarchia fascista: legato, questo, da un giuramento di fedeltà verso « il re e i suoi reali successori » (e, attraverso al re, al duce del fascismo, al quale il re aveva delegato i suoi poteri), mentre l'esercito d'oggi giura « di essere fedele alla Repubblica italiana e al suo Capo »; ispirato, l'esercito del tempo fascista, a quella disciplina autoritaria a base di passo romano, di cui era imbevuto, scimmiottando il nazismo, tutto il regime, mentre l'esercito d'oggi « si uniforma allo spirito democratico della Repubblica »; sotto il comando, l'esercito d'oggi, del Capo dello Stato che è un organo superiore ai partiti, mentre al tempo fascista il comando effettivo delle forze armate era stato abbandonato dal monarca nel pugno di un capopartito. Quello che veramente conta per stabilire la continuità giuridico-politica delle Forze armate è la continuità del dovere di fedeltà che si consacra nel giuramento. Il militare non potrebbe continuare oggi ad esser fedele al re senza con questo tradire il suo dovere di fedeltà verso la Repubblica: questo è, se non erro, il sintomo più significativo della frattura.

Lo stesso Tribunale militare di Milano, del resto, non ha potuto disconoscere la importanza decisiva, per stabilire la continuità delle Forze armate, del fattore politico, là dove ha ammesso che la tutela penale dell'art. 81 C. p. m. non si estende oggi alla Milizia V.S.C., perchè « questa rappresentava una degenerazione delle Forze armate, intese nel quadro delle loro normali funzioni istituzionali, in quanto la stessa era al servizio, essenzialmente, di un partito e di un regime ». Argomento che prova troppo: perchè negli ultimi anni del regime fascista tutte le Forze armate erano passate, per delega del re (proclama 11 giugno 1940), sotto il comando effettivo del duce del fascismo, cioè

« al servizio di un partito e di un regime »: e anche la guerra contro la Grecia fu una delle follie imposte al popolo italiano da una banda di sciagurati gerarchi di partito.

Che il criterio strettamente formalistico della continuità giuridica non sia in sè sufficiente, lo ha sentito la stessa sentenza che ha condannato Renzi e Aristarco: la quale ha cercato di rafforzarlo con considerazioni desunte dalla continuità morale e sentimentale, e perfino dalla continuità fisica di coloro che fecero parte delle Forze armate durante l'ultima guerra. Ma ognun vede la sfuggevole labilità di questi criteri: l'art. 81 vuol tutelare le Forze armate nel loro complesso, come istituzione, come *corpus*, non i singoli componenti di esse. L'intenzione di Renzi, a quanto si può supporre, non è mai stata quella di negare che anche tra i generali che furono a capo della spedizione in Grecia vi siano stati esempi di alto valore militare, e che anche in quella sciagurata campagna i soldati abbiano fatto il loro dovere nell'eseguire i comandi dei superiori; ma se nelle critiche rivolte dal Renzi alla spedizione militare e non alle persone fisiche che vi presero parte, qualcuno avesse creduto di riconoscersi e si fosse sentito per questo personalmente offeso, in altri articoli del Codice penale comune, che puniscono la diffamazione e l'oltraggio, avrebbe dovuto cercar la tutela del proprio onore e della propria fama. La continuità delle persone fisiche, dunque, non c'entra: e così non c'entra, nel reato di vilipendio alle Forze armate, la continuità della tradizione morale; la quale, secondo la diversa sensibilità di chi giudica, si può far risalire alla prima guerra mondiale, o alle guerre del Risorgimento: se non addirittura alle legioni romane, e alle glorie militari di Scipione e di Cesare.

La realtà è che i reati puniti dall'art. 81 C. p. m. e 290 C. p. comune sono reati diretti contro la compagine politica dello Stato, di *questo* Stato, cioè contro questa organizzazione politica della quale le Forze armate sono in questo momento al servizio: questo importa che per la identificazione delle Forze armate di cui questi articoli puniscono il vilipendio non basta considerare soltanto la loro struttura giuridica formale, ma occorre anche tener presente il regime politico che in un determinato momento storico vive entro quelle forme. Se il regime politico è diverso, la continuità delle formule giuridiche non conta, perchè esse sono, come dice il nome, vuote forme entro le quali ogni cambiamento di regime politico versa una diversa sostanza: le Forze armate del regime fascista, anche se la continuità giuridica non è mai stata interrotta, non possono politicamente identificarsi colle Forze armate del regime democratico.

Nelle leggi, rimaste anche oggi in vigore, del regime fascista, sopravvivono in mille casi formule invariate che, se si guardasse soltan-

to alla continuità giuridica, porterebbero a far ritenere che nulla sia mutato da quel tempo: ci sono ancora nei Codici norme che proibiscono le « associazioni sovversive » o che puniscono il « disfattismo politico » o la « propaganda sovversiva ». Le formule sono le stesse: ma il cambiamento di regime ha fatto sì che a queste parole si deve dare oggi un significato diverso e spesso opposto a quello che esse significavano un tempo. Questo accade perchè i princìpi rivoluzionari, a cui si ispira ogni nuovo ordinamento costituzionale nato da un brusco cambiamento di regime, penetrano dall'alto, attraverso la valvola dei « princìpi generali », in tutte le più remote diramazioni delle leggi rimaste in vigore dal tempo del vecchio regime, e danno alle espressioni di esse, apparentemente immutate, nuovi significati coerenti colla nuova costituzione. L'interpretazione evolutiva insegna questo: chi si dimenticasse di questo insegnamento, rischierebbe di considerare anche oggi punibile per oltraggio alla Magistratura o alla Polizia chi parlasse senza i dovuti riguardi del Tribunale speciale o dell'OVRA; o di ritenere anche oggi (come purtroppo si è letto in una sentenza di Corte d'appello) giustamente punito per disfattismo politico chi nel 1940 previde che, se l'Italia fosse entrata in guerra a fianco della Germania, sarebbe andata incontro alla sua catastrofe.

9. — Il secondo problema di carattere generale posto dalla sentenza che ha condannato Renzi e Aristarco è quello dell'elemento intenzionale del vilipendio.

Il problema non è tanto quello di stabilire qui se i due imputati abbiano avuto in concreto l'intenzione di vilipendere: il problema è quello di sapere, in astratto, quali siano i confini tra il vilipendio che è reato, e la critica storica o la creazione artistica, che è esercizio di quella libertà dell'arte e della cultura che la Costituzione garantisce come diritto fondamentale di ogni cittadino (art. 33 Cost.).

Anche se si ammettesse che tra le Forze armate di oggi e quelle che furono impiegate nella spedizione in Grecia vi sia non solo continuità, ma identità giuridica e politica, resterebbe sempre da stabilire se il narrare oggi la verità su quella spedizione, a scopo di ricostruzione storica o di rappresentazione artistica, o anche allo scopo didascalico di trarre da quella dolorosa esperienza gli insegnamenti per l'avvenire, si possa considerare « vilipendio ».

Vilipendere vuol dire non soltanto, oggettivamente, dare un giudizio sfavorevole sul valore della istituzione vilipesa, esprimere nei confronti di essa la propria disistima; ma vuol dire anche, soggettivamente, esser mosso soltanto dall'intento malevolo di menomare *contro verità* un valore effettivamente esistente, di far apparire il valore poli-

tico o militare di una istituzione minore di quello che effettivamente è. Ma questa intenzione dispregiativa volta ad effetti pratici immediati, cioè a menomare e a indebolire una istituzione nel presente e nell'avvenire, non è l'animo dello storico che si sforza di ricostruire i fatti del passato nella loro verità, negli elementi positivi e in quelli negativi, « per ver dire, — non per odio d'altrui nè per disprezzo ». E poichè ogni storia è una scelta di fatti che deve servire a dimostrare una certa interpretazione della realtà, non si può dire neppure che cessi di essere storico colui che proponendosi di dimostrare una certa sua tesi (per esempio l'errore di una certa politica, o le ragioni di una sconfitta militare) scelga tra i vari aspetti della realtà quelli che meglio possono servire ad avvalorarla. Magari sarà un cattivo storico, uno storico non imparziale; ma non potrà essere accusato di vilipendio, perchè l'intento che lo ha guidato nel mettere in evidenza certi fatti non è stato quello di disonorare chi li ha commessi, ma quello di accreditare le sue conclusioni di studioso di storia.

Un tempo, in un certo ordine di scuole, circolavano testi di storia in cui le campagne garibaldine erano narrate come gesta di masnadieri miscredenti: e non si può escludere che anche oggi si lascino circolare liberamente nelle scuole libri di testo in cui analoghe raffigurazioni diffamatorie si danno della guerra partigiana (nonostante che i partigiani siano per legge equiparati alle Forze armate dello Stato). Eppure a nessuno è mai venuto in mente di perseguire per vilipendio questi falsificatori della guerra garibaldina o della guerra partigiana: perchè, in un paese libero, l'unico modo con cui si può reagire contro le storie tendenziose è quello di scrivere e diffondere altre storie, in cui i fatti siano narrati secondo verità e in cui siano messi in evidenza tutti gli elementi atti a dimostrare la tesi contraria.

Quello che si dice della storia, si può dire della creazione artistica, della narrativa, della rappresentazione teatrale o cinematografica. Proprio qui si pone in tutta la sua delicatezza il problema centrale della libertà della cultura, che è forse il problema centrale di ogni democrazia. Si tratta di stabilire se in un paese democratico, in cui la Costituzione espressamente garantisce ad ogni cittadino il diritto « di manifestare liberamente il proprio pensiero colla parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione », e in particolare promette ad ogni scrittore, ad ogni studioso e ad ogni artista che « l'arte e la scienza sono libere », sia lecito limitare o sopprimere queste sacrosante libertà, che sono il respiro stesso della civiltà, solo perchè i vecchi responsabili di una catastrofe, ripresa l'antica tracotanza, non si rassegnano a sentir rievocare nella loro dolorosa verità gli eventi sui quali ormai la storia li ha inchiodati.

10. — In verità in questo episodio giudiziario di Renzi e Aristarco ciò che più sorprende e addolora non è la sentenza dei giudici militari (i quali, chiamati a giudicare, hanno fatto il loro dovere con serenità e con coscienza), ma la insensibilità politica dei ministri, quello della Difesa e quello della Giustizia che, autorizzando l'arresto di questi due giornalisti imputati di oltraggio alle Forze armate, hanno voluto in realtà che essi fossero processati per il delitto, che si credeva cancellato dalle leggi vigenti, di « leso fascismo ». Questo è un episodio tipico di quel clima di disfattismo costituzionale che ha asfissiato in questi ultimi anni la vita politica italiana: di questa tendenza accomodante volta a dissimulare il significato della crisi storica che è costata al popolo italiano tanto sangue e tanto dolore, a evitare in tutti i modi, perfino colla censura cinematografica, che si dica male del fascismo e che si faccia sapere ai giovanissimi ignari quale fu il suo vero volto; a far credere che il passaggio dal fascismo alla Repubblica non sia stato altro che un cambiamento superficiale di emblemi e di etichette, al disotto del quale possano continuare a intrigare e a prosperare, senza sostanziali fratture, le stesse connivenze e gli stessi conformismi.

Così il rievocare secondo la triste verità, come Renzi e Aristarco hanno fatto nelle pagine incriminate, la storia dolente di quella sciagurata aggressione alla Grecia, coll'animo non di oltraggiare il nostro esercito, che vuol dire il nostro popolo e noi stessi, ma anzi di rivendicarne l'umanità, facendo ricader la vergogna su chi disonorò l'Italia in quelle criminali avventure, — tutto questo oggi, nella Repubblica italiana, può trascinare sul banco dei rei. Pare incredibile: ombre superstiti vorrebbero ancora incatenare il popolo italiano ai crimini del fascismo, ai loro crimini; e se i giovani usciti dalla Resistenza respingono come intollerabile complicità questa pretesa continuità delle istituzioni di oggi con quelle di ieri e, proprio perchè si sentono fedeli cittadini della Repubblica, smascherano e additano, per evitar di ricadervi, le colpe della tirannia che la Resistenza spazzò, questi giovani sono arrestati e processati e condannati, col beneplacito dei ministri della Repubblica!

Le autorità militari che hanno proceduto contro Renzi e Aristarco, hanno creduto certamente, con questo procedimento, di contribuire così a difendere il buon nome dell'esercito italiano e a rafforzarne la compagine per l'avvenire. Ma io penso che anche i due condannati, nello scrivere e nel pubblicare l'articolo incriminato, abbiano avuto la stessa intenzione.

E forse essi sono stati più nel vero: perchè anche se dalle pagine di Renzi si dovesse desumere che l'esercito italiano, quando si trovò in Grecia gettato allo sbaraglio per una causa che sentiva ingiusta, ebbe una crisi di sfiducia e di fiacchezza, basterebbe il paragone colla guerra

partigiana a dimostrare di quali volontari eroismi potè esser capace pochi mesi dopo lo stesso popolo, quando lo animò nella Resistenza una causa di libertà e di giustizia. Anche lo scritto di Renzi, nella sua cruda descrizione di episodi che rattristano alla lettura ogni italiano, serve dunque efficacemente a dimostrare la differenza che passa tra un esercito di un regime di tirannia, costretto a partecipare ciecamente alle avventure sanguinose volute da una gerarchia di partito, e l'esercito di un popolo libero, consapevole e partecipe degli ideali per cui combatte, « informato allo spirito democratico della Repubblica », quale la Costituzione lo vuole, e noi tutti vogliamo che il nostro esercito sia.

Aprile 1954.

XX

LA COSTITUZIONE E LE LEGGI PER ATTUARLA (*)

Il compromesso costituzionale iniziale (pag. 511). — L'inadempimento costituzionale (pag. 522). — La Costituzione di fatto diversa da quella di diritto: cause, effetti e previsioni (pag. 563).

Il compromesso costituzionale iniziale

Il titolo di questo saggio, qual era fissato in anticipo nel piano preordinato di questo volume, non corrisponde al reale contenuto di quanto sto per esporre. Il titolo potrebbe far credere che nel decennio che corre dal 1945 al 1955 vi siano state in Italia non solo una Costituzione, ma anche una serie di « leggi per attuarla ». In realtà siffatte leggi di attuazione non ci sono state; e la esposizione che segue, la quale vorrebbe brevemente spiegare come e perchè non ci sono state, potrebbe più appropriatamente intitolarsi « *la Costituzione inattuata* » o ancor più esattamente « *come si fa a disfare una Costituzione* ».

Ai primi del 1953 un eminente costituzionalista, non certo sospettabile di preconcetta ostilità politica all'attuale governo, il prof. Balladore Pallieri dell'Università Cattolica di Milano, prendendo in esame il primo quinquennio di vita della Costituzione italiana entrata in vigore il 1° gennaio 1948, esprimeva un giudizio estremamente severo, che non può non colpire per l'autorità scientifica di chi lo ha pronunciato, sulla « spaventosa carenza costituzionale » di questo periodo (1). E spiegava: « Carenza del legislatore, che non ha dato le leggi necessarie perchè la Costituzione fosse attuata; carenza degli organi di governo, che non hanno preso gli opportuni provvedimenti affinchè gli organi legislativi funzionassero a dovere, e affinchè nei limiti dei loro

---

(*) [Pubblicato in *Dieci anni dopo: 1945-1955.* Saggi sulla vita democratica italiana di A. Battaglia, P. Calamandrei, E. Corbino e altri (Bari, Laterza, 1955). L'estratto porta il titolo: *Come si fa a disfare una Costituzione*]. [*Bibliografia*, n. 770].

(1) *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, in « Foro padano », n. 2, febbraio 1954.

poteri la Costituzione fosse lealmente osservata; carenza della Magistratura, che ha adottato un atteggiamento retrivo, cercando ogni pretesto per non applicare le norme nuove, e che ha continuato nella vecchia abitudine, contratta durante il fascismo, di mostrarsi troppo prona ai desideri del governo » (1).

A distanza di due anni, questo severo giudizio (forse troppo severo nei confronti della Magistratura), deve essere non soltanto confermato, ma aggravato nei confronti del governo. Dopo un settennio di vita costituzionale repubblicana, dopo un decennio dalla Liberazione, bisogna, con dolore ma non con sorpresa, accorgersi che questi anni non sono stati soltanto di « immobilismo costituzionale » (nel senso che la Costituzione si sia arrestata, in parte compiuta e in parte da compiere, come la lasciò l'Assemblea Costituente alla fine del 1947), ma sono stati, anche nel campo costituzionale, *anni di arretramento*: non sosta su posizioni raggiunte, ma reazione e restaurazione del passato; non inattività temporanea, in attesa di ripigliare il lavoro, ma smantellamento e macerazione anche di quella parte di lavoro che si credeva per sempre compiuta.

Non diciamo che ci si avvii al colpo di stato, che vorrebbe dire infrazione violenta della Costituzione e che non potrebbe tentarsi senza una nuova guerra civile: si tratta piuttosto di una erosione lenta già in atto, di una estenuazione progressiva che potrebbe portare dolcemente al collasso. La facciata della Costituzione c'è ancora: ma, se le cose dovessero continuare così, c'è da temere che a un certo momento, quando sarà troppo tardi per rimediare, ci si debba accorgere che dentro le travature apparenti, come nelle case invase dalle termiti, non c'è rimasto altro che polvere. Quasi verrebbe voglia di adattare alla Costituzione la profezia malachiana: « *constitutio depopulata* »!

Non c'è bisogno di ricordare qui attraverso quali vicende dalla Liberazione si giunse alla Costituente, e in quale rapida evoluzione di clima politico si svolsero i lavori di questa Assemblea, fino alla loro conclusione (2).

Qui basterà muovere da quelli che furono i risultati apparentemente raggiunti coll'approvazione della Costituzione, alla fine del 1947. Essa non fu, come lo Statuto albertino, una costituzione *regia*, cioè

---

(1) BALLADORE PALLIERI, *scritto cit.*, pp. 49-50 dell'estratto.

(2) Cfr. per questo, oltrechè il saggio di Leo VALIANI in questo stesso volume [nel vol. *Dieci anni dopo;* v. *supra*, nota *], il mio capitolo *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, che serve da introduzione al *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi (Firenze, 1950, vol. I), p. LXXXIX [ristampato in questo volume dell'*Opere, supra*].

elargita (*octroyée*) da un sovrano, ma fu una costituzione *popolare*, deliberata, quando ormai ogni ingerenza dell'ex sovrano era stata esclusa dal referendum istituzionale del 2 giugno 1946 che aveva scelto la forma repubblicana, da un'assemblea rappresentativa eletta dal popolo con metodo rigorosamente democratico. Ma non fu una costituzione rivoluzionaria, nel senso che consacrasse in formule giuridiche una rivoluzione politicamente *già compiuta*. La generosa illusione del partito d'azione che dalla unanimità antifascista della Resistenza potesse immediatamente uscire, subito dopo la Liberazione, un rinnovamento delle strutture sociali ed economiche sulla base dei C. L. N., ebbe corta durata: colle dimissioni del breve governo di Ferruccio Parri, che rappresentò per qualche mese (dal giugno al novembre 1945) le superstiti speranze della Resistenza di dare all'Italia un governo di popolo che non implicasse la restaurazione della vecchia classe dirigente responsabile di aver dato vita al fascismo, la Costituente si aprì in un'atmosfera non più di unanime fervore rivoluzionario, ma di patteggiamento tra i grandi partiti di massa, da una parte i democristiani, dall'altra i socialisti e i comunisti. L'unica rivoluzione effettivamente già compiuta, della quale la nuova Costituzione doveva dare atto in formule giuridiche, era la caduta della monarchia: tutti erano concordi nell'assegnare alla Costituzione il compito di costruire giuridicamente un congegno di governo che avesse la forma repubblicana al luogo di quella monarchica, purchè, al disotto di quella nuova forma politica, rimanessero invariate, almeno per il momento, le strutture economiche e sociali dell'Italia prefascista. Qualcuno avrebbe voluto che si desse alla Costituente non solo il compito di ricostruire in forma repubblicana le strutture fondamentali dello Stato, ma anche quello di deliberare almeno alcune fondamentali riforme di carattere economico-sociale, che rappresentassero l'inizio di una trasformazione della società in senso progressivo: avrebbe voluto cioè che la nuova Costituzione dovesse essere non semplicemente « organizzativa » dei congegni di governo (dello *Stato-apparato*), ma anche « ordinativa » della vita sociale italiana (dello *Stato-comunità*) (1). Ma questa idea non fu accolta; o per dir meglio fu accolta a metà, per dare ai suoi sostenitori l'illusione che non fosse stata respinta del tutto. Tra il tipo di costituzione *breve*, meramente organizzativa dell'apparato dello Stato, e il tipo di costituzione *lunga*, che fosse anche ordinativa della società, l'Assemblea Costituente scelse un tipo di costituzione lunga, cioè contenente anche una parte ordinativa: la quale però, invece di esser volta ad effettuare una trasformazione delle strutture sociali, si limitava a prometterla a lunga scadenza, tracciandone il programma per l'avvenire.

(1) Cfr. AMORTH, *La Costituzione italiana*, Milano, 1948, p. 9.

Questo singolare ibridismo fu la conclusione di un compromesso tra quelle forze politiche contrastanti, che, con espressione approssimativa, si possono chiamare le forze conservatrici di destra e le forze riformatrici di sinistra. Non si può dire che le forze conservatrici si identificassero colla democrazia cristiana, perchè questo partito già fino da allora comprendeva in sè tendenze contrastanti, alcune delle quali nettamente progressive in senso cristiano-sociale; e perchè forze nettamente reazionarie, oltrechè all'ala destra di quel partito, si trovavano fuori di esso, alla destra estrema, sotto le etichette del partito liberale o del partito monarchico; nè si può dire viceversa che le forze progressive si identificassero coi partiti socialista e comunista, perchè in altri gruppi numericamente minori, come il partito d'azione o il partito repubblicano, o all'ala sinistra della stessa democrazia cristiana, erano ugualmente sentite le istanze di un profondo rinnovamento sociale (1). Dall'urto di queste due tendenze venne fuori il compromesso: tutti parvero concordi (o almeno la gran maggioranza, formata dall'incontro dei grandi partiti) nella condanna di quel tipo di plutocrazia capitalistica dalla quale era nato il fascismo, e nel riconoscere la necessità di un profondo rinnovamento delle strutture economiche della società italiana. Ma questa apparente accondiscendenza da parte delle destre a inserire tale riconoscimento, meramente astratto e programmatico, nella Costituzione, fu condizionata a che le sinistre rinunciassero ad ogni tentativo anche parziale di attuazione immediata di questa trasformazione sociale vagheggiata (e quasi si direbbe sognata) per l'avvenire, e accettassero di procedere a questa trasformazione mediante graduali riforme proiettate nel futuro, da concretarsi in leggi ordinarie attraverso i metodi legalitari della democrazia parlamentare. Così, come già fu osservato (2), « per compensare le forze di sinistra di una rivoluzione *mancata,* le forze di destra non si opposero ad accogliere nella Costituzione una rivoluzione *promessa* »: purchè l'estrema sinistra (e specialmente il partito comunista) accettasse i meccanismi « borghesi » della legalità parlamentare, le forze « borghesi » non si opponevano a lasciare aperta verso l'incerto futuro questa via legalitaria di un graduale e pacifico rinnovamento sociale, di cui già era segnato l'indirizzo e riconosciuta in anticipo la legittimità.

In questo compromesso costituzionale erano già visibili (e furono denunciati già durante i lavori della Costituente) (3) i germi della rottu-

---

(1) Cfr. AMORTH, *La Costituzione* cit., p. 10; CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio,* Milano, 1952, p. 31.

(2) CALAMANDREI, *Cenni introduttivi* cit., p. XXXV.

(3) Cfr. il mio discorso tenuto alla Costituente nella seduta del 4 marzo 1947, pubblicato in opuscolo, col titolo *Chiarezza nella Costituzione.*

ra politica che doveva poi scoppiare ed infierire negli anni successivi.

Le transazioni possono utilmente servire a risolvere le controversie quando siano fatte in buona fede, e senza riserve mentali: ma se vi sta alla base il sospetto reciproco o l'intento dilatorio, servono soltanto ad approfondire i conflitti e a farli scoppiare esasperati alla prima occasione. A giudicare da quello che è accaduto poi, si dovrebbe pensare che il compromesso costituzionale del 1947 non sia stato del tutto immune da riserve mentali. I grandi partiti che si trovarono d'accordo nelle formule verbali della Costituzione, non poterono fare a meno, nel prospettarsi gli svolgimenti futuri del programma di riforme incluso in essa, di prevedere che le sorti di quel programma sarebbero derivate, in realtà, più che dalla forza meramente esortativa di quelle formule, dalle effettive forze politiche che sarebbero riuscite a prevalere nel futuro parlamento, e quindi ad agire per affrettare o per rallentare (o magari per impedire) l'attuazione legislativa di quel programma: e forse la destra e la sinistra, nell'acconciarsi a quel compromesso aperto sull'avvenire, furono mosse da opposte speranze di riuscire a breve scadenza a conquistare in parlamento la maggioranza elettorale. Si potrebbe sospettare che qualche conservatore abbia figurato di approvare gli articoli socialmente più minacciosi (come quelli sul diritto al lavoro o sul diritto di sciopero), calcolando che nelle prossime elezioni le forze conservatrici avrebbero avuto una tale schiacciante prevalenza da poter rendere innocue, se non addirittura da poter cancellare, quelle formule sovversive; e si potrebbe sospettare viceversa che il partito comunista si sia adattato con tanta buona grazia ad accettare il metodo parlamentare proprio delle democrazie « borghesi », fondato sulla pluralità e sull'alternativa dei partiti, col segreto proposito di riuscire con tale strumento democratico a conquistare legalmente il potere, per poi servirsi di questo allo scopo di sopprimere i meccanismi democratici e la libertà degli altri partiti. Ma, in quella occasione, finchè si svolsero i lavori della Costituente (che fu presieduta, giova ricordarlo, da un comunista, l'on Terracini) i democristiani parvero non accorgersi che le finalità dell'ideologia comunista avevano carattere totalitario, nè ebbero scrupolo a collaborare col partito comunista alla costruzione di quell'ordinamento costituzionale, nel quale anche il partito comunista era considerato come uno dei partiti idonei ed ammessi a « concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale » (Cost., art. 49). Nè la Chiesa, finchè si trattò di ottenere dai comunisti il voto per far entrare nell'art. 7 della Costituzione il riconoscimento dei Patti Lateranensi, parve accorgersi dell'ateismo marxista, e rimandò la scomunica contro di loro a quando ormai non avesse avuto più bisogno del loro concorso per raggiungere i suoi scopi; come viceversa i comunisti, pur di ottenere l'accoglimento nella Costituzione di certi princìpi di rinno-

vamento sociale, non ebbero scrupolo, votando quell'art. 7, di sacrificare il laicismo dello Stato e di abbandonare la scuola ai pericoli del confessionalismo.

Dal compromesso politico tra forze contrastanti, che già da allora si preparavano a prendere nelle future lotte parlamentari le loro rivincite contro le arrendevolezze a cui si erano lasciate andare in sede costituente, ebbe origine la distinzione giuridica che doveva dar luogo negli anni successivi a tante discussioni dottrinali e giudiziarie, tra norme precettive di attuazione immediata, norme precettive di attuazione differita e norme meramente programmatiche. Su questa tripartizione delle norme costituzionali avremo occasione di tornare nel corso di questo saggio; ma dobbiamo fin d'ora avvertire che si ingannerebbe chi credesse che norme precettive di immediata attuazione fossero *almeno* tutte quelle della parte « organizzativa » o « strutturale » della Costituzione, e che quelle meramente programmatiche fossero state riservate alla sola parte « ordinativa ».

Sarebbe infatti ragionevole pensare che la Costituente, pur demandando al futuro parlamento il compito di attuare gradualmente con leggi ordinarie il rinnovamento sociale dello Stato-comunità, avesse però portato a termine almeno la costruzione degli organi costituzionali, in modo da poter permettere la immediata entrata in funzione di tutti i meccanismi giuridici dello Stato-apparato: avesse, per così dire, finito di costruire la casa, riservando ai legislatori dell'avvenire di stabilire le regole di buona convivenza tra gli inquilini che dovevano andare ad abitarvi.

In realtà non fu così. La Costituente non solo rinunciò a regolare con efficacia immediata tutta la parte dei rapporti etico-sociali ed economici, sui quali si limitò a tracciare un programma a lunga scadenza, ma anche nella parte strettamente organizzativa non fece a tempo a rifinire la costruzione di tutto l'apparato costituzionale, e dovè per molti organi, destinati a far parte essenziale della nuova struttura democratica, limitarsi a tracciarne i disegni, demandando al parlamento il compito di tradurre questi disegni in costruzioni concrete.

Avremo più avanti occasione di passare in rassegna la lunga serie degli organi costituzionali che la Assemblea Costituente dovè lasciare, come si potrebbe dire con linguaggio da architetti, allo stato di « progetti di massima ».

Ma giova avvertire fin da ora che, quand'anche la Costituzione avesse fatto a tempo a portare a termine in tutte le sue strutture formali l'apparato organico dello Stato, il differimento a miglior tempo della concreta attuazione del promesso rinnovamento sociale *avrebbe*

avuto necessariamente ripercussioni negative anche sulla parte organizzativa: in quanto, in mancanza delle predisposte trasformazioni sociali, la stessa forma costituzionale dello Stato non avrebbe potuto corrispondere in realtà a quel tipo di democrazia a cui l'Assemblea Costituente aveva voluto dar vita.

Basta considerare infatti che l'ordinamento disegnato dalla Costituente non doveva essere una semplice traduzione in forma repubblicana dello Statuto albertino, ma doveva corrispondere a *un nuovo tipo di repubblica*, i cui caratteri essenziali erano messi in evidenza negli articoli della parte proemiale della Costituzione, intitolata « Princìpi fondamentali ».

Il primo articolo di questa parte proemiale definiva il nuovo Stato italiano come una « Repubblica democratica fondata sul lavoro »: e gli articoli successivi spiegavano in che senso la Costituzione avesse adoprato quelle qualificazioni di « democratica » e di « fondata sul lavoro ».

« Democratica » voleva dire una repubblica in cui non solo fossero riconosciute e garantite *giuridicamente* le fondamentali libertà civili e politiche e affermata l'uguaglianza *giuridica* (« davanti alla legge », art. 3) di tutti i cittadini, ma voleva dire qualcosa di più, cioè una società in cui fossero stati rimossi « gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese » (art. 3, secondo comma). Questo significava, cioè, che la democrazia disegnata dalla Costituzione era stata concepita non come una semplice democrazia politica, ma come una democrazia *sociale*, nella quale la libertà e l'uguaglianza politica, anzichè essere semplicemente proclamate di diritto, dovevano essere attuate « di fatto » mediante una già prevista trasformazione economica della società.

La Costituzione, insomma, aveva preso a fondamento il principio (riassunto da Carlo Rosselli nel binomio « *Giustizia e Libertà* ») secondo il quale vera democrazia non può esistere, se alle proclamazioni giuridiche della libertà e dell'uguaglianza non si accompagna una effettiva perequazione economica della società, che valga a rendere profittevoli per tutti, e non soltanto per i ricchi, quelle proclamazioni.

Che questo dovesse essere uno dei capisaldi del nuovo ordinamento, era ribadito dall'art. 4, secondo il quale « la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro » (e anche qui, non come mera proclamazione teorica, ma come diritto « effettivo »).

Per questo ciascun elemento della formula adoprata dall'art. 1 per definire la nuova Repubblica, assumeva una propria rilevanza costituzionale: nella figura costituzionale del nuovo Stato entravano come

caratteri essenziali la democrazia, intesa come inscindibile dialettica di libertà e di giustizia sociale, ed il lavoro, equamente remunerato (articolo 36) ed effettivamente garantito a tutti i cittadini (art. 4), come mezzo per attuarla.

Bastano queste considerazioni a far intendere che, anche se la Costituzione avesse portato a termine con norme immediatamente precettive tutte le strutture formali del nuovo ordinamento costituzionale, questa compiutezza sarebbe stata illusoria, perchè il rinvio a miglior tempo del rinnovamento sociale, che la stessa Costituzione poneva come condizione essenziale per il funzionamento effettivo dell'apparato costituzionale, portava per forza a concludere che, fino a quando questa condizione non si fosse avverata, il nuovo Stato non poteva avere tutti i caratteri voluti dall'art. 1.

D'altra parte la Costituzione lasciava incompiuta la struttura dell'apparato costituzionale anche sotto un altro aspetto, altrettanto importante: per l'art. 5, uno dei caratteri strutturali della nuova Repubblica avrebbe dovuto essere il riconoscimento delle autonomie locali elevato a principio costituzionale colla creazione delle Regioni (art. 114) e col trasferimento ad esse di funzioni legislative in regime di autonomia. Il nuovo Stato repubblicano, avrebbe dovuto assumere perciò una fisionomia originale, tale da avvicinarlo sotto certi aspetti a uno Stato federale: in quanto, pur rimanendo unitario (« La Repubblica, una e indivisibile... », art. 5), avrebbe dovuto adeguare « i princìpi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento » (art. 5).

Ma anche questa diversa distribuzione del potere legislativo in una pluralità di autonomie regionali, che doveva essere uno dei caratteri tipici dell'architettura della nuova Repubblica (1), rimase allo stato di programma.

Così, quando la Costituente chiuse i suoi lavori, l'ordinamento costituzionale era, sì, una repubblica; ma non era ancora nè una repubblica « democratica » (nel senso anche sociale che si era voluto dare a questa parola) nè una repubblica « fondata sul lavoro », nè una repubblica « regionale ». L'effettiva attuazione di tutti i caratteri più tipici e più innovativi della Repubblica *rimaneva affidata alla lealtà costituzionale del futuro parlamento.*

Accadde così che, al momento in cui, col 1° gennaio 1948, entrò in vigore la nuova Costituzione, l'ordinamento giuridico italiano venne ad

---

(1) Sul principio costituzionale del decentramento regionale, cfr. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2ª ed., p. 390.

assumere, proprio in conseguenza di questo compromesso tra il vecchio e il nuovo che stava alla base della Costituzione, un aspetto, se non caotico, certamente ibrido ed eterogeneo.

Era caduto il fascismo e la monarchia, ma non vi era stata una rivoluzione che avesse cominciato dal far *tabula rasa* di tutto l'ordinamento precedente, per poi mettersi a ricostruire con nuovi materiali su un terreno sgombro dalle macerie. Qui, al contrario, la nuova Costituzione si appoggiava in gran parte su antiche mura in rovina: dietro le nuove facciate c'erano ancora le vecchie stanze, nelle quali erano rimasti ad abitare, o sarebbero tornati dopo breve assenza, i soliti padroni.

Fuor di metafora, l'Assemblea Costituente, nel breve periodo dei suoi lavori (breve per la mole dell'opera che avrebbe dovuto compiere), fece appena in tempo a perfezionare la costruzione degli organi supremi (organi legislativi e governo) che erano indispensabili per trasmettere legalmente al legislatore ordinario la continuazione del lavoro. Ma per tutto il resto (fuor delle poche leggi fino da allora espressamente abolite perchè di marca dichiaratamente fascista o perchè incompatibili colla forma repubblicana), lasciò provvisoriamente in vigore tutta la legislazione precedente: tanto che un autorevole costituzionalista ha potuto dire, con una formula paradossale ma sostanzialmente suggestiva, che « nella Repubblica italiana sopravvive il Regno d'Italia » (1).

Venne fuori così un curioso ordinamento costituzionale, di stile si potrebbe dire composito, pieno di contraddizioni e di antinomie, in cui si trovarono a convivere, colle norme nuove dettate dalla Costituente, norme non solo di diversa età, ma di diversa ispirazione politica: alcune (anzi addirittura tutto un *corpus* codificato) appartenenti al tempo della dittatura fascista; altre risalenti al periodo della monarchia prefascista: una accozzaglia di materiali legislativi di diversa provenienza, che poteva esser tollerata provvisoriamente solo perchè questo era imposto dalle necessità pratiche del momento, ma che demandava al nuovo parlamento, come compito urgente, una generale revisione di tutta la legislazione rimasta provvisoriamente in piedi, in modo da renderla omogenea, in armonia colla lettera e collo spirito della Costituzione.

Una frattura costituzionale (o più d'una) vi era certo stata, in quanto il passaggio dalla monarchia fascista alla Repubblica democratica, attraverso le fasi della cosiddetta « luogotenenza » e dell'Assemblea Costituente, aveva dovuto compiersi *di fatto*, con modi che non erano previsti nè dall'ordinamento fascista, nè dallo Statuto albertino (2); ma

---

(1) Esposito, *La Costituzione italiana*, Saggi, Padova, 1954, p. 2.

(2) Cfr. i miei *Cenni introduttivi* cit., pp. xcii, cxii, cxvi.

la frattura si era limitata soltanto alla forma dei supremi organi costituzionali, senza investire tutto il resto dell'ordinamento giuridico. Avvenne così che, pur essendo cambiate le istituzioni costituzionali, e pur essendo avvenuto il cambiamento di esse in forma rivoluzionaria, la continuità giuridica dello Stato per tutto il resto non parve spezzata (1), e la stessa Costituzione parve confermare tale continuità colle sue disposizioni transitorie, che, in quanto davano minuziose prescrizioni per il successivo graduale adeguamento delle vecchie leggi alla nuova forma di governo, presupponevano la permanenza in vigore dell'ordinamento giuridico precedente (2).

Tutto questo avrebbe potuto non dar luogo a gravi inconvenienti, se il previsto adeguamento fosse stato attuato dal parlamento succeduto alla Costituente con spirito di lealismo costituzionale: invece, come si dirà, essendo mancato del tutto tale adeguamento, il dogma della « continuità giuridica » dello Stato è diventato, nelle successive lotte politiche, una delle armi adoprate dalle forze conservatrici non solo per arrestare l'attuazione della Costituzione, ma per cominciare a distruggerla.

La Costituzione del 1° gennaio 1948 è nata dunque portando in tutte le sue parti, non solo in quella ordinativa, ma anche in quella organizzativa, un peccato d'origine, lo *spirito di rinvio*; che (com'è noto anche fuor del campo politico, esposto più di ogni altro al mutar dei venti) rende malfidi ed incerti i contratti a esecuzione differita, nei quali può sempre accadere che uno dei contraenti, se son cambiate nel frattempo le condizioni del mercato, s'accorga a un certo momento che l'affare non è più conveniente per lui e s'ingegni come meglio può per sottrarsi all'adempimento.

Questo spirito di rinvio era talmente penetrato nei metodi della Costituente (che, specialmente negli ultimi mesi, si trovò costretta a deliberare affrettatamente per compiere i suoi lavori nel termine prefisso) da arrivare a questo paradossale colmo: di rimettere al futuro parlamento anche il perfezionamento pratico di quel supremo organo di garanzia costituzionale (la Corte costituzionale) che doveva servire a difendere la Costituzione *proprio contro i possibili attentati del parlamento*: come chi dicesse, se è permesso adoprare un paragone esopiano, dare in appalto ai lupi la costruzione dei cancelli che dovrebbero sbarrare l'ingresso dell'ovile!

---

(1) Cfr. sul problema JEMOLO, *Continuità o discontinuità costituzionale nelle vicende italiane del 25 luglio 1943*, in « Rend. Acc. Lincei », 1947.

(2) ESPOSITO, *l. c.*

E' nota la distinzione che i costituzionalisti fanno tra costituzioni *flessibili* e costituzioni *rigide* (1), cioè tra costituzioni le cui norme sono modificabili con leggi ordinarie, e costituzioni le cui norme possono essere modificate soltanto con un procedimento apposito, più rigoroso e solenne dell'ordinario procedimento legislativo. La facilità con cui durante il fascismo lo Statuto albertino, di tipo flessibile, era stato smontato pezzo per pezzo mediante leggi ordinarie di cui passava inosservata la portata costituzionale, indusse l'Assemblea Costituente ad adottare per la Repubblica italiana il sistema opposto della costituzione rigida, per il quale, se il legislatore ordinario emana una legge in contrasto con qualche norma costituzionale, non si applica il principio comune che la legge posteriore prevale su quella anteriore, ma si applica il diverso principio che la legge costituzionale prevale sempre su quella ordinaria; la quale, se è emanata in contrasto colla Costituzione, nasce viziata da illegittimità costituzionale e per questo è *inefficace*. Senonchè la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge ordinaria che sia in contrasto colla Costituzione è demandata a un apposito organo supremo, la Corte costituzionale (artt. 134 sgg.), in mancanza della quale non esiste nella Costituzione altro organo che possa toglier vigore *erga omnes* alle leggi costituzionalmente illegittime.

Ora questa Corte costituzionale, per curiosa combinazione, fu proprio uno di quegli organi soltanto disegnati, che l'Assemblea Costituente non ebbe tempo di portare a compimento, e la cui concreta attuazione fu demandata dalla Costituente al futuro parlamento: il quale fu lasciato così praticamente libero di emanare in contrasto colla Costituzione quante leggi ordinarie avesse voluto, fino a quando non gli saltasse in testa di provvedere *da sè stesso* a dar vita a quella Corte costituzionale che avrebbe dovuto servire a impedirglielo!

Anche la « rigidezza » delle norme costituzionali, che nei propositi della Costituente doveva essere uno dei caratteri essenziali e innovatori della Costituzione repubblicana, è nata dunque, ed è rimasta, come una affermazione astratta, che avrebbe avuto bisogno di altre leggi per diventare operativa e concreta: non solo è stato rimesso al legislatore ordinario l'obbligo di portare a compimento la Costituzione, ma gli è stato rimesso altresì il compito di creare l'organo *che dovrebbe vigilare sull'adempimento di quest'obbligo!*

Vero è che nell'attesa il compito di sindacare la legittimità costituzionale delle leggi ordinarie se lo è assunto, nei limiti in cui le è stato possibile, la Magistratura; ma, non potendo la Magistratura andare al di là del suo compito istituzionale che è quello di applicare le leggi ai casi concreti, essa ha dovuto limitarsi a esercitare il sindacato di costitu-

(1) Cfr. MORTATI, *Istituzioni*, 2ª ed., p. 96.

zionalità in via incidentale, disapplicando caso per caso (in verità in non molti casi!) le leggi giudicate illegittime, senza potersi assumere l'ufficio, riservato alla Corte costituzionale, di dichiararne in via principale la inefficacia *erga omnes*.

La Costituzione italiana nacque dunque, di fatto, come costituzione flessibile, che attendeva dal legislatore ordinario (e attende ancora) i mezzi occorrenti per farla diventare compiutamente rigida!

L'inadempimento costituzionale

Quest'obbligo di portare a compimento la Costituzione, che l'Assemblea Costituente lasciava in eredità al futuro parlamento, in qual modo avrebbe dovuto essere adempiuto, se vi fosse stata nelle Camere uscite dalle elezioni del 18 aprile 1948, la volontà di adempierlo?

La stessa Costituzione dettava i tempi: aveva cura, in numerosissime sue disposizioni, di avvertire espressamente, in un separato comma, che il precetto costituzionale rimaneva in attesa di essere attuato mediante una apposita legge ordinaria, che doveva considerarsi come sua necessaria conseguenza; e in molti casi, per mettere meglio in evidenza l'urgenza di far entrare in vigore gli istituti costituzionali lasciati a mezzo o di adeguare allo spirito democratico le sopravvivenze legislative dei passati regimi, dettava addirittura i termini entro i quali il nuovo parlamento avrebbe dovuto portare a compimento, in via di urgenza, il suo lavoro.

Prima di tutto dunque, per necessità logica, il nuovo parlamento avrebbe dovuto occuparsi di perfezionare la parte organizzativa e strutturale della Costituzione, in tutti gli istituti rimasti incompiuti: dar vita cioè alla Corte costituzionale (art. 137 secondo comma; VII disp. trans.); al Consiglio superiore della Magistratura (artt. 104, 108, VII disp. trans.); all'ordinamento regionale (artt. 5, 115-133, art. 83; VIII, IX disp. trans.); al referendum (art. 75 ultimo comma, art. 138); al Consiglio nazionale dell'Economia e del Lavoro (art. 99).

Subito dopo avrebbe dovuto intraprendere la revisione delle vecchie leggi rimaste in vigore e al loro coordinamento colla Costituzione: revisione degli organi speciali di giurisdizione (VI disp. trans.); riordinamento del Tribunale militare supremo (ibidem); adeguamento delle vecchie leggi all'ordinamento regionale (IX disp. trans.); revisione e coordinamento delle precedenti leggi costituzionali (XVI disp. trans.).

In terzo luogo il parlamento avrebbe dovuto metter mano al lavoro legislativo tracciato dalla parte *ordinativa*, per dare un contenuto pratico ai diritti individuali proclamati con tanta generosità verbale dalla Costituzione: cominciando da quelli civili e politici, per entrare poi nel vasto campo dei rapporti sociali, nel quale si doveva intraprendere quel

generale e profondo rinnovamento economico, destinato a diventare, come si è visto, uno dei caratteri essenziali della fisionomia costituzionale del nuovo Stato.

In realtà, fino ad oggi, *neppur uno di questi compiti è stato assolto*: nessuno degli organi costituzionali rimasti incompiuti nella parte organizzativa è entrato in vigore; nessuna revisione delle vecchie leggi è stata neppure iniziata; nessuna legge è stata approvata per tradurre in realtà le promesse della parte ordinativa. Nessuno dei termini che le disposizioni transitorie avevano assegnato per i compiti più urgenti (artt. VI, VIII, IX, XVI) è stato non diciamo rispettato, ma neppure preso in considerazione, se non altro allo scopo di trovare qualche pretesto per prorogarlo. (E la dottrina e la giurisprudenza hanno dovuto limitarsi a riconoscere che, siccome tali termini non sono accompagnati da alcuna sanzione giuridica, ad essi deve riconoscersi funzione meramente « sollecitatoria » e non « perentoria »: sicchè il legislatore può tranquillamente lasciarli scadere, senza alcuna conseguenza giuridica!) (1).

A rileggere oggi la meticolosità con cui l'Assemblea Costituente aveva creduto di poter assegnare precisi compiti al nuovo parlamento, perfino prefiggendo i termini entro i quali tali compiti avrebbero dovuto essere eseguiti, non si sa se ammirare di più la ingenuità (se pure fu ingenuità) con cui l'Assemblea Costituente confidò nella lealtà costituzionale del futuro parlamento, o la disinvoltura con cui il parlamento successivo alla Costituente dimostrò di non voler prendere sul serio (è la frase esatta) le prescrizioni della Costituzione.

Il periodo legislativo che va dal 18 aprile 1948 al 7 giugno 1953 passerà alla storia come il quinquennio dell'inadempimento costituzionale: e, a voler meglio specificare i caratteri di questo inadempimento, si dovrà concludere (come si vedrà) che si è trattato in gran parte di inadempimento *voluto*, cioè, si direbbe nel linguaggio civilistico, *doloso*.

Per meglio intendere gli aspetti tecnici di questo singolarissimo fenomeno di inadempimento costituzionale, col quale parlamento e governo si sono rifiutati finora di fare quanto dovevano per aiutare la Costituzione *a finir di nascere* (in termini di medicina legale si dovrebbe pensare, piuttosto che a un infanticidio, a un procurato aborto), è opportuno tornare su quella distinzione, a cui già si accennò, tra norme *precettive* e norme *programmatiche*: la quale è stata in questi anni, nella dottrina e nella giurisprudenza, uno dei campi preferiti di quella

---

(1) Sez. unite, 17 febbraio 1954, in « Riv. dir. proc. », 1954, n. 2.

polemica che si potrebbe chiamare la « battaglia per l'attuazione della Costituzione » (1).

Appena entrata in vigore la Costituzione, i giuristi cominciarono a discutere sulla natura delle sue norme: quale fosse, cioè, la efficacia di esse nei confronti delle leggi dei precedenti regimi, e quali fossero i loro « destinatari », cioè i soggetti nei cui confronti esse potessero spiegare immediato effetto precettivo.

Si sarebbe potuto pensare (come da principio qualcuno sostenne) che a questo problema giuridico si dovesse dare una soluzione unitaria: che, cioè, tutte le norme della Costituzione si dovessero ugualmente considerare come indirizzate non direttamente alle persone singole, per regolare immediatamente, in deroga alle leggi precedenti, i loro rapporti individuali, ma soltanto al futuro legislatore, al quale esse avrebbero affidato l'incarico di tradurre i princìpi da esse dettati in leggi ordinarie, che sarebbero state a loro volta precettive nei confronti dei singoli. Le norme costituzionali sarebbero state concepite così come viventi in una specie di empireo giuridico, quasi in una « quarta dimensione », fuori del mondo in cui operano nei confronti dei singoli le leggi ordinarie: con qualche somiglianza colle norme del diritto internazionale, che è obbligatorio per gli Stati, ma che diventa rilevante per i singoli solo quando lo Stato di cui sono sudditi le traduca per essi in norme di diritto interno.

Ma la soluzione unitaria apparve subito inaccettabile; e cominciò la discussione sulle distinzioni. A cominciare dalla sentenza delle Sezioni unite penali del 7 febbraio 1948 e dalla decisione 26 maggio 1948, V Sez., del Consiglio di Stato (2), che ebbero grande importanza per l'impostazione del problema, la giurisprudenza cominciò a distinguere nella Costituzione le norme *precettive* da quelle *direttive* o *programmatiche*; e ulteriori approfondimenti della dottrina giunsero a distinguere nella Costituzione tre tipi di norme (3): *precettive di applicazione immediata*, le quali entrano immediatamente in vigore anche nei confronti dei singoli, impedendo la emanazione di leggi ordinarie discordanti e modificando o abrogando quelle anteriori che siano in contrasto; *precettive di applicazione differita*, che impediscono la emanazione di leggi ordinarie in contrasto, ma che non possono entrare in vigore

---

(1) Cfr., tra la molta letteratura, AZZARITI, *Problemi attuali di dir. costituzionale*, Milano, 1951, pp. 95 sgg.; CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952; ESPOSITO, *op. cit.*, pp. 263 sgg.; BARILE e PREDIERI, in *Commentario sistematico della Cost. italiana*, già cit., vol. I, pp. 69 sgg.; BALLADORE PALLIERI, *scritto cit.*, p. 29 e più ampie citazioni ivi, in n. 5 a p. 79.

(2) ESPOSITO, *op. cit.*, p. 283.

(3) Cfr. AZZARITI, *op. cit.*, p. 103, n. 2.

immediatamente nei confronti dei singoli, perchè la loro entrata in vigore è condizionata alla emanazione di leggi di attuazione, che il precetto costituzionale espressamente prescrive al legislatore ordinario; *direttive* o *meramente programmatiche,* le quali non contengono nè per i singoli un precetto cogente nè per il legislatore un invito a legiferare, ma solo princìpi direttivi sui quali dovrà orientarsi, se e quando il legislatore lo riterrà conveniente, la legislazione ordinaria.

Su questa tripartizione formale si può dire che oggi siano imperniate dottrina e giurisprudenza. Ma le divergenze, più che riguardare la tripartizione, sono sempre vive sui caratteri che distinguono il secondo dal terzo tipo di norme: in quanto, di fronte a chi ritiene che le differenze di formulazione riscontrabili tra questi due tipi non abbiano alcuna rilevanza giuridica, vi è chi sostiene che anche alle norme precettive di applicazione differita si debba riconoscere, ancor prima che siano emanate le leggi ordinarie di attuazione, immediata efficacia abrogativa nei confronti delle precedenti leggi che siano in contrasto col precetto. E vi è dissenso anche sull'efficacia delle norme meramente programmatiche, nelle quali qualcuno scorge non un semplice rinvio platonico alla legislazione dell'avvenire, ma princìpi generali già entrati a far parte dell'ordinamento giuridico, e già fin d'ora atti a servire da limiti per l'attività discrezionale amministrativa e da criteri per l'interpretazione giudiziaria (1). Queste divergenze sui criteri generali di distinzione si aggravano e si spezzettano in tante discussioni di specie, quando si tratta di stabilire in quale di questi tre tipi rientrino ad una ad una le norme della Costituzione che a volta a volta vengono in questione: e spesso in queste polemiche, anche se i sostenitori delle varie opinioni figurano di volerle limitare al campo strettamente giuridico, entrano sottintesi politici, in quanto attribuire carattere precettivo o programmatico a una norma costituzionale può essere l'espediente dialettico di cui alcuni si servono per affrettare l'attuazione della Costituzione democratica ed altri viceversa per confinarla nel limbo, e intanto lasciare in vigore e dar nuovo credito alle vecchie leggi del regime fascista, fino a che venga il momento, da essi auspicato, di poterla anche formalmente abolire.

E' opportuno vedere da vicino le più caratteristiche espressioni di questo inadempimento costituzionale, facendo il punto al momento in cui scriviamo, cioè alla fine del febbraio 1955.

1) Cominciamo dagli inadempimenti nella parte strutturale della Costituzione. Qui il discorso potrà dividersi in due parti: movendo dal passare in rassegna gli organi o istituti che dovrebbero esserci e non ci

(1) Cfr. specialmente il volume, già citato, del CRISAFULLI, pp. 27 sgg.

sono ancora, per trattar poi del rovescio della medaglia, cioè degli organi che ci sono ancora e dovrebbero non esserci più.

a) Il caso più sorprendente (forse si potrebbe dire il più mortificante) è quello della Corte costituzionale: senza la quale, non può essere praticamente garantita quella *rigidezza* che avrebbe dovuto essere uno dei caratteri essenziali della nuova Costituzione. L'Assemblea Costituente aveva incluso nella Costituzione le norme fondamentali sulla competenza (art. 134) e la composizione (art. 135) della Corte costituzionale e sugli effetti delle sue decisioni (art. 136); ma, per la fretta di approvare il testo della Costituzione entro il 1947, aveva dovuto rinviare le altre disposizioni, ancora occorrenti per attuare praticamente il funzionamento della Corte, a una separata legge costituzionale e ad una legge ordinaria (art. 137, commi primo e secondo). La separata legge costituzionale fu approvata *in articulo mortis* dalla stessa Costituente (l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1); ma purtroppo fu lasciato al nuovo parlamento il compito di dettare con legge ordinaria « le altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte ». Tra queste norme, da stabilire con legge ordinaria, ci dovevano essere quelle sulle modalità da seguire nella scelta dei quindici giudici della Corte, che secondo la Costituzione dovrebbero essere nominati per un terzo dal presidente della Repubblica, per un terzo dal parlamento in seduta comune e per un terzo dalle supreme magistrature ordinarie ed amministrative (Corte di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei Conti). Colla maggioranza schiacciante che la democrazia cristiana aveva ottenuto nel nuovo parlamento uscito dalle elezioni del 18 aprile 1948, sarebbe stato facile a questa maggioranza, se avesse voluto, com'era suo dovere, lealmente affrettare l'entrata in funzione della Corte costituzionale, arrivare all'approvazione delle norme di attuazione in pochi mesi. In realtà la maggioranza, accorgendosi che l'entrata in funzione della Corte costituzionale sarebbe stata un incomodo ostacolo alla strapotenza che le derivava dal numero, ritenne politicamente preferibile sottrarsi al suo dovere costituzionale, e organizzò quella sistematica schermaglia dilatoria di emendamenti a catena, in virtù della quale il disegno di legge presentato al Senato il 14 luglio 1948, riuscì a diventar legge (*dopo cinque anni di discussioni!*) soltanto l'11 marzo 1953, alla vigilia dello scioglimento della legislatura (1). I particolari di questa sorprendente macchinazione parlamentare, che rimarrà nella storia come un esempio tipico di « ostruzionismo di maggioranza », è stata già narrata (2): qui basterà ricordare

(1) L. 11 marzo 1953, n. 87.

(2) Cfr. CALAMANDREI, *L'ostruzionismo di maggioranza*, sul « Ponte », del 1953: I, p. 129; II, p. 274; III, p. 433.

che tutti gli sforzi ostruzionistici della maggioranza si concentrarono sulle disposizioni concernenti la nomina dei giudici della Corte, al duplice scopo di trovare, per quelli che dovevano essere nominati dal parlamento, un modo di nomina che permettesse di escludere, in contrasto col regolamento della Camera (art. 13, implicitamente richiamato dall'art. 63 della Costituzione) (1), i rappresentanti della minoranza; e di condizionare la scelta dei cinque giudici di nomina presidenziale alla proposta del governo (2). Di questi due scopi, il primo fu raggiunto (o almeno così credettero i proponenti) coll'espediente di richiedere per l'elezione dei cinque giudici di nomina parlamentare la maggioranza qualificata di tre quinti, secondo l'emendamento degli on. Gaetano Martino e Paolo Rossi (3); il secondo fu raggiunto soltanto a metà, perchè in luogo della formula presentata alla Camera dall'on. Fumagalli, che, condizionando la scelta presidenziale alla proposta preventiva del governo, avrebbe annullato del tutto questa prerogativa costituzionale del presidente, il Senato insisté per una formula più ambigua, e apparentemente più rispettosa, che si limitava ad assoggettare le nomine presidenziali alla controfirma successiva del Guardasigilli (art. 4), lasciando all'avvenire la precisazione del valore da dare a questa controfirma. Secondo questa legge 11 marzo 1953 (pubblicata il 14 marzo) la Corte avrebbe dovuto entrare in funzione « entro due mesi dalla pubblicazione della presente legge »: entro un mese avrebbero dovuto avvenire le elezioni dei cinque giudici di competenza delle supreme magistrature; poi, entro i quindici giorni successivi, quella dei cinque di nomina parlamentare; e per ultimo quella dei cinque di nomina presidenziale. Naturalmente, anche questi termini si sono risolti in una beffa: mentre la elezione dei primi cinque avvenne regolarmente nel termine prefisso, la nomina di quelli di competenza parlamentare, nella imminenza delle elezioni politiche, fu rimandata *sine die* alla nuova legislatura, nella quale la coalizione governativa confidava di poter ottenere, attraverso il « premio di maggioranza » stabilito dalla nuova legge elettorale, una prevalenza così massiccia che superasse i tre quinti occorrenti per nominare i cinque giudici senza concorso della minoranza.

Ma l'esito delle elezioni politiche del 7 aprile 1953 fu diverso da quello sperato dalla coalizione; la maggioranza dei tre quinti (anche sommando alla democrazia cristiana i cosiddetti « partiti minori ») non fu raggiunta. Così il nuovo parlamento, nell'impossibilità di mettere insieme senza l'opposizione una maggioranza di tre quinti, ha dovuto di

(1) *Ivi*, p. 436.
(2) *Ivi*, p. 441.
(3) *Ivi*, p. 439.

rinvio in rinvio rimandare fino ad oggi la elezione dei cinque giudici di competenza parlamentare, e di conseguenza è rimasta bloccata finora anche la nomina, che secondo la legge 11 marzo 1953, art. 1 e disp. trans. I, dev'esser successiva, dei cinque di competenza presidenziale. Quasi si direbbe che colla legge 11 marzo 1953 il governo abbia brillantemente trovato il mezzo per impedire che la Corte costituzionale possa mai più entrare in funzione, e per liberarsi così per sempre da questo incomodo.

b) Qualcosa di simile è accaduto per il Consiglio superiore della Magistratura (1). Questo consesso, al quale la Costituzione aveva voluto dare l'importanza di un organo costituzionale, « *superiorem non recognoscens* », che fosse il coronamento supremo della Magistratura, concepita come « ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere », avrebbe dovuto essere radicalmente ricostituito, rendendolo interamente elettivo sotto la presidenza del presidente della Repubblica (art. 104) e trasformandolo da organo consultivo in organo deliberante, in modo da trasferirgli l'esercizio di tutti i poteri amministrativi sulla carriera e sulla disciplina dei magistrati (art. 105), che secondo l'ordinamento precedente, tuttora in vigore, sono di competenza del ministro della Giustizia.

Ma anche qui, come per la Corte costituzionale, i precetti costituzionali, per esser tradotti in pratica, avevano bisogno dell'opera del legislatore ordinario, che avrebbe dovuto stabilire con legge le nuove norme « sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura » (art. 108): fino a che questa legge non fosse stata emanata, doveva rimanere in vigore l'ordinamento giudiziario precedente (disp. trans. VII), secondo il quale, anche dopo le limitazioni introdotte dal r. d. l. 31 maggio 1946, n. 511, il potere di disporre (specialmente negli alti gradi) sulla carriera e sulla disciplina dei magistrati è in mano del governo, in aperto contrasto col principio costituzionale dell'autonomia e della indipendenza della Magistratura.

Qui, durante la prima legislatura, si è fatto nel campo legislativo ancora meno che per la Corte costituzionale: perchè sul nuovo ordinamento giudiziario, pur essendosi svolti accurati studi preparatorii in sede ministeriale, il parlamento non ha mai neanche cominciato a discutere, non essendo mai stato presentato dal governo alle Camere il relativo disegno di legge (2). Qui però il ritardo, più che dal desiderio del governo di non svincolare la Magistratura dal suo controllo politico, è derivato dalla difficoltà tecnica di trovare una soluzione pratica che

---

(1) Balladore Pallieri, *scritto cit.*, p. 22.

(2) Cfr. però n. 3 alla pagina seguente.

riesca ad appagare contemporaneamente due esigenze in apparenza contrastanti, entrambe espresse nella Costituzione; la quale, mentre da una parte vuole una Magistratura anche amministrativamente e disciplinarmente indipendente dal governo con estensione anche al pubblico ministero delle garanzie di indipendenza assicurate alla magistratura giudicante (art. 107), lascia però al ministro della Giustizia la responsabilità politica di fronte alle Camere per gli atti del suo dicastero (art. 95 secondo comma), la quale evidentemente presuppone nel ministro la conservazione di certi poteri di vigilanza e di iniziativa disciplinare (art. 107 secondo comma; art. 110) (1), che non è facile conciliare coll'assoluta indipendenza della Magistratura (2).

Così, a distanza di sette anni, l'Ordine giudiziario, nonostante le proteste ogni anno ripetute nei congressi dell'Associazione dei magistrati, rimane nella condizione di (sia pur limitata) dipendenza dal governo, nella quale si trovava prima della Costituzione in base al r. d. l. 31 maggio 1946 (3): e questa incompiutezza, come quella della Corte costituzionale, si riverbera su tutto l'ordinamento giuridico, perchè, essendo la indipendenza della Magistratura la più alta garanzia della legalità, ogni imperfezione di questa garanzia rischia di mettere in pericolo in tutti i campi la certezza e la tutela dei diritti individuali.

c) Inattuato è rimasto un istituto che la Costituzione aveva accolto come strumento di collaborazione *diretta* del popolo alla funzione legislativa: il referendum popolare, ideale caro alla tradizione repubblicana, che la Costituzione prevede in due casi, con funzione abrogativa per le leggi ordinarie (art. 75), e con funzione formativa per le leggi costituzionali (art. 138 secondo comma) (4).

d) Inattuato del pari è rimasto l'ordinamento regionale, una delle

---

(1) Cfr. MORTATI, *Ist.*, p. 547.

(2) La letteratura sul problema della indipendenza della Magistratura, e sulla istituzione del Consiglio superiore della Magistratura è ricchissima: cfr. la relazione e discussione svoltasi dinanzi alla Associazione fra gli studiosi del processo civile, pubblicate sotto il titolo *Sul Consiglio superiore della Magistratura* (Milano, 1953).

(3) Durante la I legislatura fu presentato al Senato, dall'on. Conti ed altri, una proposta di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della Magistratura, n. 2591. Non arrivò alla discussione e decadde colla fine della legislatura. Il 9 novembre 1954 il guardasigilli De Pietro ha presentato al Senato un disegno di legge contenente « *Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Cons. sup. della Magistratura* ».

(4) Cfr. BALLADORE PALLIERI, *scritto cit.*, p. 38. Durante la prima legislatura fu presentato dalla presidenza del Consiglio un disegno di legge, contenente « *Norme sul referendum e sulla iniziativa legislativa del popolo* »: fu varie volte rimandato dalla Camera al Senato (C. n. 349, S. n. 1608; C. nn. 349-148 B; S. n. 1608 B; C. nn. 349-148 D) e poi decadde.

più originali innovazioni della Repubblica italiana; la quale, unitaria ma ripartita in enti regionali forniti di autonomia, avrebbe dovuto presentarsi, in virtù di questo audace decentramento di poteri legislativi, come esempio di un nuovo tipo di Stato, lo « Stato regionale » (1).

La Costituzione, nel suo art. 115, adopra una formula al tempo presente, che potrebbe far credere all'immediata costituzione delle Regioni: « Le Regioni *sono* costituite in enti autonomi con propri poteri e funzioni secondo i princìpi fissati nella Costituzione ». In realtà le Regioni entrate in funzione sono soltanto quelle create prima dell'approvazione della Costituzione, con particolari condizioni di autonomia, secondo speciali statuti già approvati con leggi costituzionali dalla stessa Assemblea Costituente e considerate a sè dall'art. 117 della Costituzione: cioè la Sicilia, la Sardegna, il Trentino Alto-Adige, la Valle d'Aosta (alle quali si dovrà aggiungere, dopo il ritorno di Trieste all'Italia, quella del Friuli-Venezia Giulia: disp. trans. X).

Ma per tutte le altre (art. 131), la cui istituzione era stata affidata al legislatore ordinario (rinvii alla legge ordinaria si trovano negli articoli 117, 118, 119, 122, ecc.) sono state emanate soltanto alcune leggi preparatorie (2), ma gli enti regionali non sono stati costituiti, nè sono state indette le elezioni dei Consigli regionali che secondo la disp. trans. VIII avrebbero dovuto essere indette « *entro un anno* dall'entrata in vigore della Costituzione », nè è stato neanche cominciato quell'adeguamento delle leggi « alle esigenze delle autonomie locali e della competenza legislativa attribuita alle Regioni », che secondo la disp. trans. IX doveva esser compiuto « *entro tre anni* dall'entrata in vigore della Costituzione ». Sempre più si va diffondendo perciò la convinzione che l'ordinamento regionale, nonostante che l'esperimento della autonomia nelle Regioni già costituite abbia dato in complesso esito soddisfacente, debba rimanere, per il resto del territorio nazionale, un ideale inattuato: e ciò non solo perchè contro l'ordinamento regionale si è energicamente pronunciato il partito liberale, e perchè gli stessi più ardenti fautori di esso, specialmente appartenenti al partito repubblicano, sembrano oggi meno convinti dell'urgenza di questo problema; ma perchè in generale in questi anni, contro tutte le innovazioni costituzionali che potrebbero portare nella società italiana nuovi fermenti di vita, e specialmente contro quelle che porterebbero a di-

---

(1) Cfr. Baschieri, Bianchi d'Espinosa, Giannattasio, *La Costituzione italiana*, Firenze, 1949, p. 383; Crisafulli, *op. cit.*, pp. 179 sgg.

(2) Legge 10 febbraio 1953, n. 62, sulla costituzione e funzionamento degli organi regionali; legge 24 dicembre 1948, n. 1465, sulle elezioni regionali. Mentre correggo le bozze è in discussione dinanzi alla Camera un disegno di legge sui Consigli regionali.

minuire, colla creazione di più solide autonomie locali, la onnipotenza della burocrazia governativa, è tornato alla riscossa lo spirito conservatore di un regime di polizia, che può esercitare il suo controllo solo attraverso un sistema di rigoroso accentramento. La mancata istituzione delle Regioni non è dunque soltanto un problema di interesse regionale: esso riguarda l'essenza costituzionale dello Stato e il fallimento di uno dei più caratteristici aspetti della sua rinascita democratica.

Si aggiunga che la mancata attuazione dell'ordinamento regionale ha reso inattuabili una quantità di disposizioni costituzionali che presupponevano la istituzione delle Regioni: l'art. 83 secondo comma, per il quale all'elezione del presidente della Repubblica « partecipano tre delegati per ogni Regione eletti dal Consiglio regionale » (disp. trans. II) (1); l'art. 57, secondo il quale « il Senato della Repubblica è eletto a base regionale »; gli artt. 75, 121, 138, che danno ai Consigli regionali poteri di iniziativa per presentare leggi alle Camere, o per richiedere il referendum allo scopo di far abrogare una legge o di provocare una revisione costituzionale. Naturalmente è rimasto inattuato il nuovo ordinamento che doveva esser dato alla giustizia amministrativa in sede regionale (art. 125) e alle nuove forme di controllo sugli enti autarchici minori (art. 130), che la Costituzione voleva sottratti al controllo del governo centrale.

e) Un altro organo rimasto finora sulla carta è il Consiglio nazionale dell'Economia e del Lavoro (art. 99), che la Costituzione aveva istituito con funzioni di consulenza e di collaborazione (anche con iniziativa legislativa) alla legislazione economica e sociale. Anche per l'attuazione di esso l'art. 99 rimanda alla legge ordinaria: e anche qui, come per tutte le altre materie attinenti all'ordinamento sindacale e al lavoro, che attendono ancora la disciplina legale demandata dalla Costituzione al legislatore ordinario (artt. 39, 40, 46), le leggi di attuazione sono ancora da venire (2).

2) Alla mancata attuazione, nella parte strutturale della Costituzione, degli organi istituzionalmente destinati a dare alla Repubblica

---

(1) Si discute, mentre correggo queste bozze, se, non essendo state ancora costituite le Regioni e non essendo stati eletti i Consigli regionali, le imminenti elezioni presidenziali possano avvenire costituzionalmente a norma della disp. trans. II, che era stata dettata per la prima elezione: cfr. Boeri, *L'elezione del Presidente*, sulla « Stampa » del 15 febbraio 1955.

(2) Durante la I legislatura, fu presentato un disegno sull'« *Ordinamento e attribuzioni del Consiglio nazionale dell'Economia e del lavoro* » (S. n. 318; C. n. 2442). Durante la II legisl. il disegno sullo stesso oggetto (C. n. 568) è stato ripresentato ed è in discussione dinanzi al parlamento mentre correggo le bozze.

italiana i suoi caratteri più originali e più innovatori, fa riscontro la sopravvivenza di organi propri del precedente regime o creati nel periodo di trapasso, che, lasciati in funzione a titolo provvisorio in attesa delle leggi che avrebbero dovuto sopprimerli o coordinarli alle esigenze della Costituzione, vanno riprendendo di fatto, quanto più tempo passa, l'autorità e l'atteggiamento di organi definitivi. Questo fenomeno di sopravvivenza è specialmente rilevabile nel campo giudiziario e amministrativo.

a) La Costituzione ha posto il principio (art. 102) che « non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali ». Ma siccome, com'è noto, nell'ordinamento precedente la funzione giurisdizionale non era esercitata soltanto dall'autorità giudiziaria ordinaria (Ordine giudiziario, art. 104), ma per certe speciali materie era repartita tra numerosi organi speciali di giurisdizione (le cosiddette « giurisdizioni speciali »), la Costituzione, pur lasciandoli provvisoriamente in vita, aveva stabilito che « entro cinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione si procede alla revisione degli organi speciali di giurisdizione attualmente esistenti, salvo le giurisdizioni del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti e dei tribunali militari » (disp. trans. VI).

Passati i cinque anni, non solo le giurisdizioni speciali preesistenti sono ancora tutte in funzione, ma il lavoro di revisione legislativa, che entro questo termine avrebbe dovuto essere compiuto per stabilire quali di esse fossero da abolire e quali da conservare con opportune modificazioni, non è stato neanche iniziato nè messo allo studio: il che è tanto più grave, in quanto l'art. 108 aveva previsto la necessità di una legge ordinaria che provvedesse ad assicurare « l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse, e degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia » (esigenza di indipendenza e di imparzialità particolarmente sentita nel contenzioso tributario), riconoscendo con ciò che fino ad oggi tale indipendenza non è assicurata. Anche l'ordinamento della giustizia amministrativa nelle Regioni, che avrebbe dovuto portare all'abolizione delle funzioni giurisdizionali oggi affidate alle Giunte provinciali amministrative (art. 125), è rimasto, di conseguenza, inattuato.

Una parte della dottrina aveva sostenuto che, decorsi inutilmente i cinque anni fissati dalla disp. VI, tutte le giurisdizioni speciali preesistenti alla Costituzione (meno quelle espressamente fatte salve da tale disposizione) dovessero intendersi *ipso iure* decadute; ma nella giurisprudenza e nella dottrina più recente è prevalsa l'opinione che mentre ha carattere precettivo immediato la norma dell'art. 102 che vieta la istituzione di nuovi giudici speciali, quelli preesistenti alla Costituzione siano soltanto soggetti a « revisione », come e quando il legislatore ordi-

nario crederà; e intanto possano rimanere in funzione così come sono, *per omnia saecula* (1).

b) Uno speciale discorso merita la giustizia militare.

Durante i lavori dell'Assemblea Costituente, quando era ancora recente il fervore della guerra partigiana, che aveva fatto sorgere dal nulla, mentre l'esercito fascista si dissolveva, un esercito di popolo, potè essere approvata nell'ultimo comma dell'art. 52, una formula che pareva promettere un fondamentale rinnovamento del vecchio ordinamento militare: « l'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica »; e vi fu chi, in coerenza, propose l'abolizione dei tribunali militari e la loro conservazione soltanto in tempo di guerra. Ma la corrente conservatrice prevalse, e i tribunali militari furono mantenuti anche per il tempo di pace, « *soltanto* per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate » (quel « soltanto » voleva avere evidentemente un significato polemico e restrittivo) ed espressamente eccettuati (insieme col Consiglio di Stato e colla Corte dei Conti) dalla prevista revisione generale delle giurisdizioni speciali (disp. trans. VI); la stessa disp. trans., nel suo ultimo comma dispose però che « entro un anno » dall'entrata in vigore della Costituzione « si provveda con legge al riordinamento del Tribunale supremo militare in relazione all'art. 111 ».

Anche qui, il termine previsto dalla Costituzione è rimasto inosservato: e la giustizia militare è rimasta in piedi con tutti i suoi organi e colla competenza e procedimento regolati dai codici militari del tempo fascista, rispondenti non allo « spirito democratico » voluto dalla Costituzione, ma allo spirito autoritario e caporalesco proprio del regime precedente. Di questa pervicace sopravvivenza si è avuta la prima prova clamorosa nel deferimento alla giustizia militare di due « borghesi », i giornalisti Renzi e Aristarco, il primo per aver scritto e il secondo per aver pubblicato sulla rivista di cui era direttore una rievocazione dell'aggressione fascista alla Grecia, nella quale le autorità militari di oggi hanno creduto di ravvisare (sotto il profilo della continuità delle istituzioni militari nonostante il cambiamento del regime) il reato di « oltraggio alle Forze armate » della Repubblica: si è avuta così la sorpresa di accorgersi che, sotto la Repubblica « democratica », due « borghesi », cioè due cittadini soggetti solo potenzialmente agli obblighi militari, ma attualmente « in congedo » e non « in servizio alle armi », possono anche oggi, come sotto il fascismo, essere arrestati *manu militari*, sottratti ai tribunali comuni e giudicati dai tribu-

(1) Cfr. per ultimo P. Barile, in « Riv. di dir. proc. », 1954, n. 2; Guarino, in « Foro it. », 1954 parte III, p. 110.

nali militari per un reato di *stampa*, commesso nell'esercizio della loro professione civile di giornalisti! Nonostante la insurrezione dell'opinione pubblica di tutti i partiti, i due giornalisti sono stati condannati in stato di carcerazione dal tribunale militare di Milano con sentenza poi confermata dal Tribunale supremo militare: e il loro caso non è rimasto isolato; perchè in seguito la stessa sorte è toccata ad altri giornalisti arrestati e giudicati dai tribunali militari, non più soltanto per il reato di oltraggio all'esercito combattente, ma altresì per quello di oltraggio alle forze di polizia, considerate come facenti parte delle Forze armate della Repubblica, o addirittura « per oltraggio al governo »! (1).

Non è questa la sede per far la critica dell'interpretazione puramente letterale dell'art. 103 della Costituzione, colla quale la giurisprudenza è arrivata a giustificare, sulla base dei codici penali militari del 1941, questa estensione della giurisdizione militare ai civili (2); che può diventare, per la massima parte dei cittadini italiani politicamente attivi (quali sono quelli che, pur non trovandosi sotto le armi, sono ancora in età di potervi essere richiamati) uno strumento di censura politica, tale da investire tutta la loro vita civile, e perfino, com'è avvenuto nel caso di Renzi e Aristarco, le manifestazioni dell'arte e della cultura. E' stato giustamente rilevato da giuristi non sospettabili di tendenze estremiste che lo « spirito democratico della Repubblica », secondo la formula dell'art. 54 della Costituzione, non permette questa interpretazione puramente letterale dell'articolo 103, ligia, come se nulla fosse cambiato, al totalitarismo militaresco del fascismo, per il quale anche i civili, cioè « i cittadini di sesso maschile dai 18 ai 65 anni, per alcuni reati già preveduti dal codice penale comune devono esser giudicati non più dai tribunali ordinari, ma da quelli militari; sicchè il codice penale comune e il giudice ordinario resteranno solo per i fanciulli, le donne, i decrepiti, gli invalidi, e per gli stranieri »! (3). Con questa

---

(1) Si è letto sulla stampa quotidiana del 26 gennaio 1955 che il procuratore del tribunale militare territoriale di Firenze, su denuncia della questura, ha citato un giornalista direttore di un giornale murale per aver riportato su di esso alcune frasi tolte da un discorso pronunciato dal sen. Terracini al Senato (« il governo che ha permesso le orge di Capocotta ha vietato la festa dell'' Unità '' alle Cascine »), nel quale fatto il predetto procuratore ha ravvisato il reato previsto dall'art. 81 del C. p. militare; il Tribunale supremo militare, con sentenza del 1° marzo lo ha assolto perchè il fatto non costituisce reato.

(2) Cfr. in proposito, in questo stesso volume [nel vol. *Dieci anni dopo*, v. *supra*, nota *], il saggio di ACHILLE BATTAGLIA, e nel volume sul processo Renzi e Aristarco *Dall'Arcadia a Peschiera*, Laterza, 1954, il mio saggio *Gli aspetti giuridico-costituzionali del processo*, pp. 8 sgg. [ristampato in questo vol. delle *Opere, supra*].

(3) G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, p. 106;

interpretazione, solo i riformati alla leva godono oggi in Italia della piena libertà politica; per gli altri, ogni manifestazione politica può dar luogo all'arresto e al processo *manu militari*.

Sulla gravità di questa minaccia alla libertà, che a scopo di repressione politica potrebbe essere attuata in misura sempre più vasta senza ricorrere a leggi speciali (mentre scrivo queste pagine, i casi si moltiplicano) non c'è bisogno di insistere: quando si pensa che nell'ordinamento prefascista i reati politici, ed in ispecie quelli di stampa, non solo erano di competenza della giurisdizione ordinaria, ma avevano in più, fino dal 1848, la garanzia della giuria popolare, non si può dire che sia da considerarsi un progresso in senso democratico la situazione dell'Italia d'oggi, dove il giudizio sui reati politici, anche se commessi a mezzo della stampa, può esser demandato *ratione personae* ai giudici militari, la cui indipendenza e la cui preparazione giuridica non è garantita come per i giudici ordinari: il che potrebbe far pensare che in Italia siano già pronti all'occorrenza, senza bisogno di speciale proclamazione, gli strumenti giudiziari dello stato d'assedio (1).

Contro questa farisaica interpretazione dell'art. 103 della Costituzione, deputati di diverse tendenze politiche hanno presentato alla Camera, sulla scia del movimento di opinione pubblica suscitato dall'arresto di Renzi e Aristarco, tre proposte di legge di iniziativa parlamentare, tendenti a riportare la giurisdizione dei tribunali militari entro i suoi limiti costituzionali, cioè nei limiti dei soli reati « militari » che siano commessi da militari « in servizio alle armi » (2). Mentre scrivo, sono state portate all'esame della competente commissione della Camera; ma vi incontrano la resistenza delle solite forze conservatrici coalizzate contro la Costituzione.

BELLAVISTA, *Costituzione e giurisdizione militare*, in « Riv. it. di dir. proc. penale », anno I, fasc. I, 1954.

(1) Cfr. il mio scritto già citato nel volume *Dall'Arcadia a Peschiera*, p. 15. Il problema è stato riproposto in termini precisi da Ernesto BATTAGLINI, avvocato generale presso la Corte di Cassazione, nel suo articolo *I tribunali militari*, sulla « Stampa » del 18 febbraio 1955; e da Filippo ZINNI, sostituto procuratore militare presso il tribunale di Milano (nella rivista « Il Giornalismo », 15 febbraio 1955), il quale ha scritto che « incompatibilmente colla nostra civiltà giuridica, gli attuali tribunali militari non hanno sufficienti esperti in diritto, sono formati da superiori gerarchici dell'imputato, pronunciano sentenze che nel merito sono definitive... Inoltre i giudici, tutti i giudici, non *godono di alcuna garanzia costituzionale e dipendono dal potere esecutivo* » (è un militare che parla!).

(2) Si tratta delle proposte di legge 24 settembre 1953 di iniziativa dei deputati Luzzatto, Badini Confalonieri ed altri; 29 settembre 1953, d'iniziativa dei deputati Capalozza ed altri; 29 settembre 1953, d'iniziativa del deputato Ariosto (Atti parlamentari, Camera dei Deputati, legisl. II, doc. nn. 170, 186-87).

c) Del pari sono rimasti finora lettera morta i disegni di legge, per il « riordinamento del Tribunale supremo militare in relazione all'art. 111 », che doveva esser compiuto, come si è detto, entro un anno dalla entrata in vigore della Costituzione.

Il riordinamento aveva carattere di urgenza, perchè l'art. 111 della Costituzione aveva stabilito, con norma perentoriamente precettiva, che « contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari e speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione *per violazione di legge* ». Per l'art. 400 del codice penale militare del tempo fascista contro le sentenze del Tribunale supremo militare il ricorso alla Cassazione era concesso soltanto in via *straordinaria,* non per violazione di legge, ma solo per motivi di « incompetenza o eccesso di potere »: esso era dunque, per quanto si riferiva al merito delle sue decisioni, un organo incontrollabile e per questo « supremo », *legibus solutus, superiorem non recognoscens.* La Costituzione, col suo art. 111, si era illusa di poter assoggettare anche il Tribunale supremo militare al controllo di legalità, pieno e non straordinario, della Corte di Cassazione: garanzia, questa sì veramente suprema, di giustizia e di uniformità del diritto. Ma, a quanto pare, alla burocrazia militare non è andato a genio che il Tribunale supremo militare diventasse meno supremo di quanto era sotto il fascismo, e che dovesse assoggettarsi, come tutte le giurisdizioni speciali, al controllo di legalità dei giudici togati, cioè dei giudici borghesi; e per evitare il riordinamento imposto dalla Costituzione, considerato in certe sfere come un attentato rivoluzionario al prestigio del Tribunale supremo militare, si è felicemente svolta nel chiuso dibattito delle commissioni parlamentari, una manovra di « ostruzionismo di maggioranza » (parallela a quella che ha bloccato la Corte costituzionale) della quale ho già avuto occasione in altra sede di illustrare le poco edificanti vicende (1).

Presentato dal ministro Pacciardi un disegno di legge (2), che, in ossequio alla Costituzione, trasformava il Tribunale supremo militare in organo di seconda istanza soggetto al ricorso ordinario in Cassazione, trovò subito fiere opposizioni in sede di commissioni parlamentari; e la stessa sorte ebbe anche la proposta dell'on. Leone, che per dare una certa soddisfazione allo « spirito militare », voleva istituire per i ricorsi contro il Tribunale supremo militare una sezione specializzata della Cassazione, con partecipazione di magistrati militari (3). La di-

---

(1) *Dall'Arcadia a Peschiera,* pp. 18-19.

(2) Camera dei Deputati, doc. n. 248, 18 dic. 1948.

(3) Relazione Leone e Carignani, 26 maggio 1950, doc. della Camera n. 248 A.

scussione in assemblea fu iniziata dinanzi alla Camera il 15 novembre 1950, ma fu subito interrotta; e così il disegno di legge, con generale soddisfazione della burocrazia militare, rimase insabbiato per tutta la prima legislatura. Alla fine del 1953 è stato ripresentato al nuovo parlamento dal ministro Taviani (1); ma attende ancora di essere messo in discussione.

In tal modo il Tribunale supremo militare continua, dopo sette anni dall'entrata in vigore della Costituzione, a sfuggire al sindacato di legalità della Corte suprema e ad essere il solo ed incontrollato interprete della legge penale militare, che, data la perdurante estensione di essa anche ai civili « in congedo », può voler dire il solo ed incontrollato giudice della condotta politica dei cittadini soggetti ad obblighi militari (2).

A questo riuscito tentativo di sottrare finora il Tribunale supremo militare al sindacato della Corte di Cassazione, ha dato mano la stessa Corte di Cassazione. Essendo l'art. 111 della Costituzione una norma chiaramente precettiva, la sua entrata in vigore nei confronti del Tribunale supremo militare avrebbe potuto tutt'al più rimaner sospesa solo per quell'anno, entro il quale la disp. trans. VI prescriveva il suo riordinamento: decorso inutilmente quel termine « è chiaro che a decorrere dal 1° gennaio 1949, quantunque non fatto l'accennato riordinamento, la disposizione dell'art. 111 ha piena applicazione e l'ordinario ricorso per cassazione diventa senz'altro proponibile » (3). Ma la Corte di Cassazione è andata in contrario avviso (4): essa cioè, negando all'art. 111 della Cost. ogni efficacia abrogativa nei confronti dell'art. 400 C. p. m., ha ritenuto che il ritardo del legislatore ordinario nell'attuare il riordinamento prescritto è sufficiente a prorogare il termine di sospensione stabilito nella VI disp. trans., rimanendo pertanto inapplicabile *sine die* l'art. 111 al Tribunale supremo militare. *Cedant togae armis!*

d) La mancata attuazione dell'ordinamento regionale ha lasciato sopravvivere uno dei più potenti organi periferici del potere esecutivo centrale, che dalla Costituzione era stato implicitamente destinato a sparire: il prefetto. Gli artt. 124 e 125 della Costituzione prevedono che solo nel capoluogo di ogni regione vi sia un « commissario del go-

---

Cfr. un'acutissima critica di questo disegno di legge in AZZARITI, *Una minaccia di deformazione della Corte di Cassazione*, in « Foro it. », 1951, VI, coll. 1 sgg., riprodotto in *Problemi attuali di dir. costituzionale*, pp. 256 sgg.

(1) Camera dei Deputati, legisl. II, n. 551, 23 dicembre 1953.

(2) Si veda nel saggio di BATTAGLIA incluso in questo stesso volume [nel volume *Dieci anni dopo*, v. *supra*, nota *], qualche esempio dello spirito con cui il Tribunale supremo militare interpreta le leggi relative alla guerra partigiana!

(3) AZZARITI, *op. cit.*, p. 283.

(4) Sent. 15 genn. 1949, in « Foro it. », 1949, II, 175.

verno », e che « il controllo di legittimità sugli atti amministrativi della regione *sia* esercitato, in forma decentrata, da un organo dello Stato, nei modi e nei limiti stabiliti da leggi della Repubblica » (art. 125), mentre l'art. 130 stabilisce che il controllo sugli atti delle province e dei comuni è esercitato da « un organo della regione »: il che evidentemente voleva significare abolizione dei prefetti nelle loro attuali funzioni, fondate sulla legge comunale e provinciale, che, mentre istituisce un prefetto in ogni provincia, dà ad esso compiti assai più vasti che non siano quelli del controllo sull'amministrazione degli enti locali, in quanto lo definisce come l'organo che « rappresenta il potere esecutivo nella provincia » e che, come tale, « tutela l'ordine pubblico e sovrintende alla pubblica sicurezza » (1). E' rimasto famoso l'articolo di Luigi Einaudi, pubblicato il 17 luglio 1944 e intitolato *Via il prefetto!* (2), nel quale erano sostenute con grande vigore idee, che, a rileggerle oggi, sembrano... sovversive: « Democrazia e prefetto repugnano profondamente l'uno all'altro. Nè in Italia, nè in Francia, nè in Spagna, nè in Prussia si ebbe mai e non si avrà mai democrazia, finchè esisterà il tipo di governo accentrato, del quale è simbolo il prefetto ». Ma, nonostante che l'Italia sia oggi una repubblica « democratica », tutto l'apparato delle prefetture è rimasto immutato, e con esso l'ordinamento degli organi di polizia, la cui competenza è ancora regolata dal t. u. 18 giugno 1931, n. 773 delle leggi di P. S. Anche la disposizione dell'art. 109 Cost., secondo la quale « l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria », ha lasciato di fatto immutata la situazione precedente.

e) Un altro curioso esempio di sopravvivenza costituzionale derivante dalla mancata attuazione della Costituzione è quello dell'Alta Corte per la Regione siciliana, la quale, istituita in Roma dagli artt. 24 e 25 dello Statuto della Regione siciliana, approvato con r. d. l. 15 maggio 1946, n. 455, convertito in legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2, avrebbe dovuto logicamente cessar di funzionare quando fosse entrata in vigore la Corte costituzionale prevista dalla Costituzione. non essendo concepibile che quando esisterà una Corte costituzionale unica per tutta la Repubblica, possa esservi un organo regionale competente a decidere anch'esso sulla costituzionalità delle leggi dello Stato.

---

(1) Questa è la formula adottata dalla l. 8 marzo 1949, n. 277, che ha modificato quella più enfatica del testo fascista del 1934, in cui il prefetto era definito, con manifesto autoritarismo, « la più alta autorità dello Stato nella provincia ». Ma la variazione di formula non ha ridotto di fatto i poteri politici dei prefetti, come riconosce G. Trapani sul « Mondo » del 30 marzo 1954.

(2) Ora ripubblicato nel volume *Il Buongoverno*, 1954, Laterza, p. 52. Cfr. anche gli articoli di Jemolo, *I prefetti*, sul « Mondo » del 9 marzo e 30 marzo 1954.

Ma siccome la Corte costituzionale voluta dalla Costituzione è ancora una pura espressione verbale, l'Alta Corte per la Sicilia, che qualcuno ha chiamato una specie di « *monstrum* giuridico » (1), continua a funzionare per forza d'inerzia.

3) La mancata attuazione nell'apparato costituzionale di alcuni organi essenziali e la sopravvivenza *sine die* di organi appartenenti a un regime che si credeva superato, non poteva non avere deleterie ripercussioni sulla parte *ordinativa* della Costituzione, cioè su quella destinata a regolare lo Stato-società, e a garantire ai cittadini i diritti essenziali di libertà.

La interdipendenza tra le due parti di una Costituzione, quella organizzativa e quella ordinativa, è evidente: è proprio nel campo dei diritti individuali che le carenze organiche diventano praticamente avvertibili dai singoli. Affinchè le proclamazioni dei diritti individuali, solennemente consacrati nella Costituzione, abbiano una efficacia pratica, non basta che le formule in cui essi sono scritti siano precise e spesso perfino troppo verbose, ma occorre soprattutto che funzionino in maniera efficiente e sicura gli organi costituzionali posti a garanzia di quei diritti. La inefficienza della parte organizzativa della Costituzione si risolve in una minor tutela per i diritti scritti nella parte ordinativa; e può anche avvenire (come vedremo che è avvenuto in Italia in questo decennio) che il perfezionamento della parte organizzativa *sia preordinatamente ritardato o eluso dalle forze politiche al potere, proprio allo scopo di evitare che l'entrata in vigore degli organi di garanzia costituzionale dia un contenuto pratico ai diritti individuali.* Così, come la parte organizzativa reagisce necessariamente su quella ordinativa, può accadere che questa diventi, nei calcoli politici del partito al potere, il *prius* su quella: nel senso che, da una preordinata volontà di lasciare indifesi ed incerti i diritti individuali, venga come conseguenza l'arresto di quei perfezionamenti strutturali che la Costituzione aveva preordinato a garanzia di quei medesimi diritti.

E' stato notato da tempo che le proclamazioni dei diritti individuali messe a preambolo o inserite nelle costituzioni hanno quasi sempre un movente *polemico* contro gli abusi che sono stati particolarmente esperimentati sotto il regime precedente, dal cui crollo è nata la nuova costituzione. Anche nella Costituzione italiana le principali innovazioni furono ispirate da una presa di posizione polemica contro il fascismo (2).

---

(1) Baschieri, Bianchi d'Espinosa, Giannattasio, *La Costituzione italiana*, cit., p. 440.

(2) Balladore-Pallieri, *scritto cit.*, p. 3.

Questo è specialmente visibile in quella parte della Costituzione che regola i diritti civili e i diritti politici, cioè quei diritti di libertà e di uguaglianza che il fascismo aveva soprattutto mortificato e conculcato. Dopo vent'anni di un regime poliziesco, nel quale ormai ogni diritto individuale aveva perduto consistenza fino a ridursi a una mera aspettativa aleatoria rimessa alla grazia dell'autorità onnipotente, era naturale che si leggesse nella Costituzione sorta dalle rovine del fascismo una vigorosa riaffermazione di quei diritti fondamentali che il fascismo aveva sistematicamente disconosciuti, e, in corrispondenza, una minuziosa organizzazione di garanzie pratiche, atte a tradurre in realtà la proclamata intangibilità di quei diritti. « La Costituzione volle il ritorno all'impero del diritto » (1): e tutti i controlli e contrappesi che la Costituzione organizzò per rendere sempre più effettivo questo ritorno al principio della legalità, erano preordinati a risolversi in sostanza in una più perfetta e sicura tutela dei diritti individuali (2).

L'adozione del sistema della costituzione *rigida*, che toglieva agli organi legislativi il potere di modificare con leggi ordinarie i princìpi fondamentali in essa consacrati, mirava soprattutto a sottrarre i diritti individuali « al pericolo di menomazioni per causa dei contingenti interessi delle maggioranze parlamentari del momento » (3); e la possibilità data al cittadino di sollevare nei giudizi in cui fosse individualmente interessato, la eccezione di illegittimità costituzionale della legge (l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1, art. 1) e di provocare così la sospensione del giudizio e l'intervento della Corte costituzionale per dichiarare la inefficacia *erga omnes* della legge che avesse violato la Costituzione, era una garanzia pratica con cui il singolo era messo in grado di difendere il suo diritto contro gli attentati dello stesso legislatore o del governo.

Del pari in una maggior tutela dei diritti individuali si dovevano risolvere le norme miranti ad assicurare alla Magistratura un'assoluta indipendenza dal governo (art. 104) in modo che l'applicazione giudiziaria della legge fosse al riparo da ogni inframmettenza politica del potere esecutivo (4); e a render sempre più sicura e più piena la garanzia giurisdizionale miravano le norme che stabilivano la motivazione obbligatoria di tutti i provvedimenti giurisdizionali e l'ammissibilità del ricorso in Cassazione per violazione di legge contro tutte le sentenze degli organi giurisdizionali ordinari e speciali (art. 111).

---

(1) *Ivi*, p. 6.

(2) Cfr. ampiamente in proposito P. Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, specialmente la Sez. III, dedicata alla « tutela delle situazioni attive », pp. 159 sgg.

(3) Balladore Pallieri, *scritto loc. cit.*

(4) Cfr. A. Battaglia, *L'art. 104 e la Magistratura*, Roma, 1954.

Ma soprattutto era evidente nella Costituzione la cura di mettere al sicuro i diritti « inviolabili » contro gli attentati dell'amministrazione e della polizia e di ridurre nei più ristretti confini l'ambito dei poteri discrezionali del potere esecutivo, che sono in tutti i regimi dispotici l'arma più usata contro la libertà e l'uguaglianza dei cittadini. L'esigenza della « giustizia nell'amministrazione », dalla quale settant'anni fa nacque in Italia la giurisdizione di legittimità del Consiglio di Stato, si trova riaffermata e rafforzata in numerose disposizioni della Costituzione: la norma più significativa in proposito, alla quale soltanto l'Esposito ha dato l'importanza fondamentale che essa vuole avere (1), è quella dell'art. 97, la quale stabilisce che nella organizzazione dei pubblici uffici « siano assicurati il buon andamento e l'*imparzialità dell'amministrazione* »: il che significa che nell'esercizio della pubblica amministrazione l'*interesse pubblico non deve andar confuso coll'interesse del partito che è al governo*. La tutela giurisdizionale sempre ammessa contro gli atti della pubblica amministrazione (art. 113, primo comma); l'inefficacia di ogni disposizione che la escluda o la limiti per determinate categorie di atti (art. 113, secondo comma); la responsabilità diretta dei funzionari per atti compiuti in violazione dei diritti individuali (art. 28), tutte queste disposizioni vorrebbero essere altrettante *riaffermazioni della legalità contro l'arbitrio amministrativo* (2). Allo stesso scopo concorre l'art. 109 che si propone di porre la polizia giudiziaria alle dirette dipendenze della Magistratura, e l'art. 112 che riafferma il principio della legalità dell'azione penale. Come i diritti individuali, così la sfera di autonomia degli enti locali avrebbe dovuto essere messa al coperto, se fosse stato attuato l'ordinamento regionale, dalle arbitrarie interferenze del potere esecutivo centrale: a questo scopo era dettato l'art. 130, che, restringendo il controllo di merito sugli atti degli enti autarchici, veniva a rafforzare la loro autonomia.

Da tutte le parti si cercava di chiudere il varco all'arbitrio del potere esecutivo, che minaccia le libertà individuali e le autonomie locali, e di assoggettare anche il potere esecutivo all'autorità della legge, in modo da garantire in ogni campo la certezza del diritto, prima condizione d'ogni libertà.

Ora proprio nel campo della certezza e della tutela dei diritti individuali si devono purtroppo lamentare in questi anni le maggiori inadempienze costituzionali. Non diciamo, ben s'intende, che, a causa di tali inadempienze, sia di fatto restaurato in Italia un regime di arbitrio paragonabile a quello fascista. Dir questo, vorrebbe dire chiudere gli

---

(1) Cfr. specialmente Esposito, *La Costituzione italiana*, pp. 256 sgg.

(2) Esposito, *op. cit.*, p. 258.

occhi sulla realtà. Anche qui vogliamo riferirci al giudizio di uno studioso non sospetto di ostilità al governo attuale: « Chiunque, per quanto prevenuto verso l'attuale governo democratico italiano, non potrà non rilevare il profondo abisso che separa, in materia di diritti di libertà, il passato regime fascista da quello presente. La libertà della discussione politica, la possibilità della esistenza dei più vari partiti politici, la frequenza infinitamente minore di arbitrarie vessazioni dell'individuo da parte della polizia, stanno a testimoniare l'enorme progresso compiuto. Ma quando si è rilevato cotesto, si è rilevata in realtà ancora ben poca cosa. Perchè se poi ci chiediamo se la Costituzione sia stata in questo campo compiutamente realizzata, *o anche appena se i diritti di libertà siano in Italia attualmente riconosciuti con quella estensione che essi tradizionalmente hanno secondo i comuni concetti dei popoli democratici, la risposta deve essere assai più cauta* » (1).

Questo giudizio risale a due anni fa: probabilmente oggi, a distanza di due anni, dovrebbe essere ancor più severo. In sostanza si può dire che in Italia in questo momento i diritti individuali di libertà e di uguaglianza sono garantiti in modo molto meno sicuro e integrale di quello che vorrebbero far credere le disposizioni, così minuziose e rigorose, dettate dalla Costituzione: non c'è più l'illimitato arbitrio del regime fascista, ma non c'è ancora la piena legalità democratica promessa dalla Costituzione. L'arbitrio governativo sopravvive oggi in Italia molto più prepotente e radicato di quello che le norme della Costituzione, se fossero lealmente attuate, potrebbero consentire: tanto che si può perfino dubitare (come si dirà) se l'Italia si possa oggi qualificare come uno « Stato di diritto », nel quale il principio di *legalità* sia qualcosa di più di un'etichetta. Ha osservato argutamente Gaetano Azzariti che « la rigidezza della nostra Costituzione risulta molto attenuata dalla sperimentata possibilità della sua inosservanza » (2): lo stesso si potrebbe ripetere per il principio di legalità, che risulta molto attenuato dalla sperimentata possibilità data al governo, di violarlo impunemente ogni giorno.

Prima di passare in rassegna i casi più tipici di inadempienze costituzionali nel campo dei diritti individuali civili o politici, è utile avvertire che i modi di queste inadempienze sono stati finora, per così dire, indiretti e dissimulati sotto parvenze formali di legalità. Non si è giunti cioè (finora) alle leggi « eccezionali », destinate ad abolire o a sospendere apertamente la Costituzione: si è cercato piuttosto di eluderla, facendo mostra di prepararsi ad attuarla al più presto e violan-

---

(1) Balladore Pallieri, *scritto cit.*, p. 29.

(2) *Problemi attuali di dir. cost.*, cit., p. 257.

dola caso per caso. Solo di recente, in un comunicato ministeriale del 4 dicembre 1954, sul quale avremo occasione di tornare, si è enunciato in forma aperta e programmatica il proposito di abolire in generale, per tutti gli appartenenti a certi partiti, il principio della imparzialità amministrativa.

A tale scopo di elusione costituzionale hanno servito, a volta a volta, i seguenti procedimenti.

a) Col non dare attuazione all'organo di controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi, si è tolto ai cittadini il mezzo legale per provocare, sollevando in via incidentale l'eccezione di incostituzionalità, l'intervento della Corte costituzionale, che sola potrebbe dichiarare *erga omnes* la inefficacia delle leggi contrarie alla Costituzione. Così la legge contraria alla Costituzione, anche se si trova il giudice del caso singolo che si rifiuti di applicarla a quel caso, rimane ugualmente efficace ed obbligatoria per l'avvenire, e l'amministrazione può continuare a esigerne l'osservanza, intestandosi a considerarla, per conto suo, conforme alla Costituzione, anche se la giurisprudenza insegna il contrario (cfr., per esempio, pag. 549 lett. *f*).

b) In ossequio al principio della continuità dell'ordinamento giuridico, si sono lasciate in vigore tra le leggi del precedente regime fascista anche quelle (e soprattutto quelle) che davano agli organi centrali o periferici del potere esecutivo, illimitati e insindacabili poteri discrezionali, tali da incidere profondamente sui diritti individuali, fino al punto di ridurli a semplici interessi privi di tutela. Tipico il caso del t. u. della legge di Pubblica Sicurezza del 18 giugno 1931, « una delle leggi poliziesche più offensive dei diritti di libertà fra quante ne esistono al mondo » (1), in forza della quale le autorità di polizia conservano poteri discrezionali praticamente illimitati, del tutto inconciliabili col principio di legalità; e accanto a questa si possono mettere gli articoli già citati della legge comunale e provinciale, che danno ai prefetti poteri così vasti da ridurre illusoria l'autonomia degli enti locali e insieme, sotto il profilo della tutela dell'ordine pubblico (art. 19 legge com. e prov.; art. 2 t. u. legge di P. S.), le libertà fondamentali dei cittadini.

c) Sono rimasti in vigore i « codici fascisti »: e sotto questa espressione si debbono intendere, perchè in essi sopravvive intatto l'autoritarismo inquisitorio del fascismo, i *codici penali*, cioè il Codice penale, e il Codice di procedura penale, che sono del 1931 e portano il nome del guardasigilli Alfredo Rocco (ai quali si devono aggiungere, come se non bastasse, i Codici penali militari del 1941, i quali, come

(1) Balladore Pallieri, *op. cit.*, p. 31.

già si è detto, hanno sì gran braccia da prendere non soltanto i militari, ma tutti i cittadini atti alle armi). Nei codici *civili*, cioè nel Codice civile in cui è rifuso anche il Codice di commercio, e nel Codice di procedura civile lo spirito fascista non è penetrato in profondità: essi, quantunque portati a compimento nel 1941, sono stati la conclusione di un movimento scientifico e giurisprudenziale maturatosi in un cinquantennio e il fascismo non ha fatto altro che mettere il suo marchio, come usava fare, su un pensiero giuridico che non gli apparteneva. Questo è vero per il Codice civile, dal quale è stato facile cancellare le infiltrazioni razziali o corporative penetrate in qualche formula; ma soprattutto per il Codice di procedura civile, che è stato la traduzione in legge del pensiero di un grande studioso liberale, Giuseppe Chiovenda, al quale per il suo antifascismo le autorità accademiche dell'Università di Roma rifiutarono perfino, quando morì nel 1937, le onoranze funebri. Ma nei codici penali del 1931, rimasti oggi quasi invariati, sopravvive in maniera tanto più pericolosa quanto più subdola, il freddo spirito inquisitorio e poliziesco del fascismo, per il quale era capovolto il principio della presunzione di innocenza (oggi riaffermato a parole dall'art. 27 della Costituzione). Ciò si dice per il Codice di procedura penale, che nella fase investigativa abbandona il cittadino alla mercè di una polizia non dipendente e non sufficientemente controllata dal magistrato, e nella fase istruttoria lo lascia senza difensore, infliggendo anche all'innocente la pena, che può trascinarsi per anni, della carcerazione preventiva (1). Ma si può dire altresì, e forse a maggior ragione, per il Codice penale; il quale, specialmente nel titolo « dei delitti contro la personalità dello Stato » (artt. 241-313), è un codice *di partito*, (di un partito, si noti, oggi *disciolto e vietato!*) le cui disposizioni, fondate su una concezione totalitaria dello Stato che escludeva la pluralità dei partiti e considerava delittuosa l'eterodossia, degnamente fiancheggiavano le disposizioni della legge di P. S. entrate in vigore nello stesso anno. Codice penale, codice di procedura penale, legge di P. S. costituirono insieme, nel 1931, i tre testi fondamentali della tirannia fascista: e sono ancora tutt'e tre in vigore! In questo stesso volume Achille Battaglia ha dimostrato come, nelle norme tuttora vigenti del Codice penale che puniscono i reati politici, sopravvivano in sostanza tutte le incriminazioni eccezionali contenute nella famosa legge 26 novembre 1926, n. 2008, che istituì il Tribunale Speciale; ed è veramente sorprendente (e mortificante) che in questo decennio i pochi ritocchi apportati alla legislazione penale si siano limitati a qualche

(1) Cfr. su tutto questo il libro, diventato ormai classico, di ACHILLE BATTAGLIA, *Processo alla giustizia*, Laterza, 1954.

variazione delle formule in cui era adoprata scopertamente la terminologia fascista, senza che sia stata non diciamo proposta, ma neanche studiata o prospettata, una rielaborazione *ab imis* di tutta quella parte della legislazione penale dentro la quale il fascismo aveva fatto penetrare in profondità la sua ispirazione totalitaria (1). La superficialità, la timidezza e quasi si direbbe la incoscienza dei progetti di riforma penale preparati in questi anni sono motivo, più che di stupore, di sconforto: un Codice penale appositamente costruito per sopprimere tutte le opinioni politiche diverse da quella dominante, continua a rimanere tranquillamente in vigore, e ad essere applicato collo stesso spirito, in un ordinamento costituzionale che si fonda sulla libertà di opinione (art. 21) e sulla pluralità dei partiti (art. 49). La Magistratura si trova quotidianamente ad applicare articoli che le possono permettere di considerare delittuose, secondo la concezione dello Stato fascista, opinioni che sono libere e lecite nello Stato democratico (cfr. per es. artt. 269, 270, 271, 272, 273, 274, ecc.), o articoli che sotto il fascismo punivano come oltraggio o vilipendio delle autorità, quelle espressioni di pensiero che in regime democratico dovrebbero essere libere manifestazioni di utile opposizione e di feconda critica politica. Col Codice penale oggi in vigore, che mantiene immutate ed elastiche le infauste formule della dittatura (« disfattismo politico », « attività antinazionale », « propaganda sovversiva ed antinazionale » e così via), sarà possibile domani dichiarare delittuose, sotto il profilo dell' « odio di classe » (art. 415) o della propaganda « antinazionale » (artt. 269, 270, 271, 272), le ideologie di partiti oggi operanti nella vita politica, il cui credo esplicito è stato sempre la lotta di classe o l'internazionalismo. C'è da pensare che a un certo momento, perfino gli aderenti al Movimento federalista europeo, che hanno come caposaldo della loro propaganda la lotta contro il dogma della sovranità dello Stato nazionale (art. 11 della Cost.), possano esser perseguiti in base all'art. 271 del Codice penale, che punisce colla reclusione fino a due anni chi svolge un'attività diretta « a deprimere il sentimento nazionale »!

d) Rimangono in vigore, in tutti i rami della pubblica amministrazione, numerosissime leggi speciali, che qui non si può neanche tentar di elencare, che davano (e danno) al potere esecutivo in materia di licenze, di autorizzazioni, di concessioni, e perfino di concorsi ai pubblici impieghi (art. 1 ultimo comma, del r. d. 30 dicembre 1923,

---

(1) Ciò vale soprattutto per il Codice penale; per il C. p. p. un disegno di riforma è stato presentato alla Camera dal min. De Pietro il 3 agosto 1954 (doc. n. 1121).

n. 2960, sullo stato giuridico degli impiegati civili; ecc.) (1), il potere « insindacabile », di escludere un cittadino, senza dirne il motivo, dal godimento di certi diritti, che la Costituzione oggi in vigore garantisce di nome a tutti i cittadini senza discriminazioni politiche (2), e quindi di distruggere con misure di polizia la proclamata uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge e la altrettanto proclamata « imparzialità dell'amministrazione ». Di queste disposizioni, in cui il fascismo aveva affermato la onnipotenza della discrezionalità del potere esecutivo, il governo, col suo comunicato del 4 dicembre 1954, ha dichiarato di volersi sistematicamente servire come strumento di lotta politica contro certi partiti.

e) Anche in attesa della Corte costituzionale che sola potrà togliere efficacia *erga omnes* alle leggi contrarie alla Costituzione, la Magistratura avrebbe potuto, caso per caso, rifiutarsi di applicare le vecchie leggi che fossero espressione di un regime di polizia in contrasto colla nuova legalità, considerandole abrogate per incompatibilità (art. 15 disp. sulla legge in generale). Ma a questo punto è venuta fuori, come si è già detto (pag. 523), la distinzione tra norme precettive e norme programmatiche: e la giurisprudenza in numerosi casi si è andata orientando nel senso di considerar meramente programmatiche, e quindi prive di qualsiasi efficacia abrogativa, anche le norme precettive a efficacia differita. « La volontà di non dare applicazione alla Costituzione, sia da parte del governo, sia della stessa Magistratura, si è rilevata in numerose occasioni. Il mezzo adoperato a tal fine è stato quello di distinguere tra norme precettive e norme meramente programmatiche » (3). E' potuto avvenire così che anche quando nella Costituzione vi sia un precetto apparentemente categorico che afferma un diritto inviolabile del cittadino, la giurisprudenza abbia ritenuto che l'autorità amministrativa ha ancora il potere di disconoscere o limitare quel diritto, perchè non è stata ancora emanata, come si sarebbe dovuto in ossequio alla Costituzione, la legge ordinaria abrogatrice della legge fascista sulla quale quel potere si fondava. « La Magistratura italiana, salvo rari casi, ha piuttosto favorito che raffrenato questa tendenza del governo... E la vecchia disposizione poliziesca fascista continua imperterrita a governare il paese, irridendo alla nuova Costituzione » (4).

---

(1) Cfr. MIELE, *L'esclusione dai pubblici concorsi e l'art. 51 della Costituzione*, in « Riv. trim. dir. pubbl. », 1952, II, pp. 831 sgg.

(2) Cfr. AZZARITI, *op. cit.*, p. 108.

(3) BALLADORE-PALLIERI, *scritto cit.*, pp. 29-31.

(4) BALLADORE-PALLIERI, *op. cit.*, p. 31.

Attraverso queste molteplici vie è facile intendere come in questi anni non vi sia stato, si può dire, alcuno dei diritti fondamentali, nominalmente garantiti dalla Costituzione, che di fatto non sia stato lasciato alla mercè del potere esecutivo: ora, il dire che nella Repubblica italiana i diritti fondamentali del singolo esistono, *ma non esiste il dovere dello Stato di rispettarli*, vale quanto dire che non esistono affatto.

Per dare un elenco compiuto di tutte le inadempienze costituzionali nel campo dei diritti di libertà verificatesi in questi anni, bisognerebbe passare in rassegna centinaia di sentenze e migliaia di atti amministrativi, della massima parte dei quali solo gli interessati, che hanno sofferto l'arbitrio, hanno avuto notizia. Mi limito a dare una esemplificazione molto schematica dei casi più significativi messi in evidenza dalla dottrina: una specie di catalogo, atto a dare un saggio di quello che potrebbe riuscire una edizione « glossata » della Costituzione, nella quale, accanto a tutti gli articoli che non sono stati tradotti in realtà, si scrivesse in margine, in rosso, la glossa « *non è vero* ».

a) L'art. 13 della Costituzione dice: « La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o di perquisizione personale, nè qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge ». *Non è vero*: sono ancora in vigore g'i istituti dell'ammonizione e del confino (artt. 164 sgg., artt. 180 sgg., legge P. S.) per i quali organi amministrativi alle dipendenze del potere esecutivo (commissioni provinciali presiedute dal prefetto) possono imporre all'ammonito l'obbligo di non abbandonare la sua dimora senza preventivo avviso e di rientrarvi entro certe ore, o al confinato l'obbligo di risiedere in una località determinata (1). La polizia può « fermare » e tenere in prigione per una settimana un cittadino incensurato, solo perchè si permette di circolare « senza documenti » (2).

b) L'art. 16 della Costituzione dice che « ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza. Nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche ». *Non è vero*: è ancora in vigore l'istituto

---

(1) Balladore Pallieri, *scritto cit.*, p. 32; Azzariti, *op. cit.*, p. 104; Nuvolone, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953, pp. 136-140; Barile, *Costituzione e misure di pubblica sicurezza restrittive della libertà personale*, in « Foro it. », 1951, IV, pp. 175 sgg.; Cass. 22 aprile 1952, in « Giust. Pen. » 1952, II, p. 1002.

(2) Cfr. il caso denunciato da Filippo Sacchi, sulla « Stampa » del 3 febbraio 1955, sotto il titolo *Non si può circolare senza documenti.*

del rimpatrio obbligatorio con foglio di via (artt. 157 sgg. legge P. S.), che permette alla polizia di impedire a un cittadino « sospetto » di soggiornare fuori del suo comune e di ricondurvelo in stato di arresto: misura che è stata clamorosamente applicata *anche per ragioni politiche,* coll'arrestare e rimpatriare un conferenziere per impedirgli di tenere *in luogo chiuso* una conferenza politica non gradita al governo (1).

c) L'ultimo comma dell'art. 16 della Costituzione dice che « ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge ». *Non è vero*: anche quando non esistono obblighi di legge (militari, familiari. tributari, giudiziari) la polizia usa sistematicamente, senza dire i motivi o adducendo motivi pretestuosi o addirittura beffardi, negare o ritirare il passaporto a chi avrebbe diritto di averlo o di conservarlo, limitarlo a certi paesi, cancellarne alcuni dal passaporto già concesso (2).

d) L'art. 17 dice che « i cittadini hanno diritto di riunirsi pacificamente e senza armi. Per le riunioni, anche in luogo aperto al pubblico, non è richiesto preavviso ». *Non è vero*: perchè, quantunque la giurisprudenza abbia riconosciuto che questa norma è precettiva, il potere esecutivo l'ha aggirata coll'arrestare e rimpatriare l'oratore che doveva parlare nella riunione convocata in luogo aperto al pubblico o magari in luogo chiuso; ove addirittura, valendosi dei poteri dati dalle leggi fasciste per la tutela del cosiddetto ordine pubblico, il prefetto o il questore non abbiano vietato in anticipo all'oratore di raggiungere la sede dove una sua conferenza politica era stata preannunciata. Talvolta il governo ha autorizzato i prefetti a vietare per un periodo fino a tre mesi le riunioni politiche in singoli comuni o in tutta la provincia, o a vietare le riunioni nell'interno delle fabbriche senza preavviso della polizia (3). A Carpi (Modena), l'8 febbraio 1955, il commissario di P. S. ha vietato la introduzione illustrativa ad un film che

---

(1) L'ex gesuita prof. Alighiero Tondi venne invitato a Bologna per tenervi, *in un locale chiuso* una conferenza alla quale si accedeva soltanto per invito: arrivato in automobile a Bologna, fu fermato a pochi chilometri dalla città da una camionetta della polizia, accompagnato in questura, diffidato, e riaccompagnato a Roma da quattro agenti (art. 157 t. u. della legge di P. S.). Lo stesso trattamento il prof. Tondi ha dovuto subire dalla polizia in altre città, dove si era recato per conferenze (per ultimo il 1° marzo 1955 a Foggia).

(2) Cfr. in dottrina: Barile, *op. cit.*, pp. 123-27 e 221-2; Cossiga, *Note sulla libertà di espatrio e di emigrazione*, in « Rass. dir. pubbl. », 1953, I, pp. 43 sgg.; cfr. anche Calamandrei, sul « Ponte », 1954, n. 9, p. 1281; Flora, sul « Mondo », 18 gennaio 1955. Il ministero dell'Interno giustifica la sua condotta, col dire che l'art. 16 della Cost. è... programmatico! Cfr. Barile, sul « Ponte », 1955, n. 3.

(3) Barile, *op. cit.*, p. 104.

il noto critico cinematografico Guido Aristarco doveva tenere in un cinematografo, colla motivazione che « in sala avrebbero potuto esservi persone cui non sarebbe stato gradito ascoltare Aristarco » (1).

e) L'art. 17 dice che « delle riunioni in luogo pubblico deve essere dato preavviso alle autorità, che possono vietarle soltanto per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica ». *Non è vero*: la polizia ha continuato a vietare riunioni in luogo pubblico per ragioni esclusivamente politiche, come quando è stata vietata a Firenze nel parco pubblico delle Cascine, tradizionalmente destinato a feste di popolo, una pacifica festa popolare, solo perchè era stata indetta da un partito politico di sinistra.

f) L'art. 19 della Costituzione dice che « tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purchè non si tratti di riti contrari al buon costume ». *Non è vero*: sulle persecuzioni sistematiche sofferte in questi anni in Italia dalle minoranze protestanti c'è ormai tutta una letteratura (2); contro gli arbitrii della polizia, intervenuta in ogni parte d'Italia a vietare manifestazioni di culto in luoghi aperti al pubblico e perfino in luoghi chiusi, ha reagito in molti casi la giurisprudenza, specialmente sotto il profilo del carattere precettivo dell'art. 17, che garantisce il diritto di riunione senza preavviso, « anche in luogo aperto al pubblico »; ma il governo, dimostrando di non dar peso alla giurisprudenza contraria, ha continuato a considerare in vigore le disposizioni fasciste (quali la circolare del min. Interni n. 600/158 del 9 aprile 1935), e ad ispirare la sua azione all'opposto principio (lettera del min. Interni, dir. gen. dei culti, 8 giugno 1951) secondo il quale il carattere precettivo dell'art. 17 « non può intendersi pacificamente esteso alle riunioni religiose che sono regolate in modo particolare da apposite norme » (cioè da quelle, immediatamente successive ai Patti Lateranensi, che si considerano tuttora in vigore: l. 24 giugno 1929, n. 1159 e r. d. 28 febbraio 1930, n. 289, sui « culti ammessi »). La Cassazione, da parte sua, non ha creduto poi di poter riconoscere all'art. 19 della Costituzione efficacia precettiva immediata, tale da poter dichiarare senz'altro abrogate le disposizioni sui « culti ammessi » che siano in contrasto colla libertà di culto (3). Nè il governo si è prestato a quelle intese che se-

---

(1) Notizia data dall' « Unità » del 10 febbraio 1955.

(2) Cfr. BALLADORE-PALLIERI, *scritto cit.*, p. 35 e gli scritti ivi citati in nota. Cfr. anche l'inchiesta pubblicata dalla Commissione per gli affari internazionali del Consiglio federale delle Chiese evangeliche d'Italia, *L'intolleranza religiosa in Italia nell'ultimo quinquennio* (estr. dalla riv. « Protestantesimo », genn.-marzo 1953).

(3) Cass. pen., 3ª Sez., 7 maggio 1953, in « Giust. pen. », 1953, II, p. 966.

condo l'ultimo comma dell'art. 8 della Costituzione avrebbero dovuto portare a regolare con nuove leggi, in ossequio al principio costituzionale della uguale libertà di tutte le confessioni religiose, le relazioni tra lo Stato e le religioni acattoliche.

g) L'art. 21 della Costituzione dice che « tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure ». *Non è vero*: la polizia continua ad applicare imperturbabilmente l'art. 113 del t. u. di Pubblica Sicurezza, che condiziona la affissione in luogo pubblico di scritti o disegni alla previa licenza della polizia, e la Cassazione continua a condannare i trasgressori di questa norma, affermando che non è stata abrogata dall'art. 21 della Costituzione, perchè questo ha carattere programmatico e non precettivo (1). In realtà, attraverso quell'art. 113, è stata ristabilita di fatto la censura sugli stampati da affiggere, perchè le questure ordinano ai tipografi di consegnare un certo numero di copie di ogni stampato prima della consegna al committente, col divieto di effettuare la consegna prima che la questura abbia rilasciato la licenza (2). Se poi fosse riproposto il disegno di legge sulla stampa per ragazzi, che la Camera approvò il 6 marzo 1952, la censura preventiva verrebbe ristabilita anche per legge, in aperto contrasto coll'art. 21 della Costituzione (3).

---

(1) Balladore Pallieri, *scritto cit.*, p. 33; Crisafulli, *op. cit.*, p. 87; G. Guarino, *L'art. 113 t. u. delle leggi di P. S.*, ecc., in « Rass. dir. pubbl. », 1950, II, p. 381-405; P. Barile, *Soggetto*, pp. 128-131, 137, 224-5; E. Battaglini, *Osservazioni sull'art. 113 della legge di P. S.*, in « Giust. Pen. », 1949, II, p. 872.

(2) Per avere un'idea dei criteri secondo i quali la polizia può negare queste licenze, si possono citare due esempi recenti: a Terni la polizia ha vietato « per motivi di ordine e di pubblica sicurezza » l'affissione di un manifesto dell'A.N.P.I. locale, che diceva così: « L'A.N.P.I. di Terni saluta nel compagno Walter Audisio un grande combattente per la libertà, per la indipendenza nazionale e per la pace »; a Roma il prefetto ha ordinato il « sequestro » di un manifesto della Camera del Lavoro con questa motivazione: « considerato che il contenuto del foglio predetto, che reca a sinistra e in alto la fotografia di un reparto tedesco in armi e in basso lo scoppio della bomba atomica sulla città di Hiroscima, tende ad allarmare l'opinione pubblica prevedendo la divisione dell'Europa in due blocchi militari contrapposti; ritenuto che detto foglio se affisso potrebbe determinare pericolosi fermenti nella cittadinanza, anche perchè evidentemente diretto ad influenzare l'esame del testo degli accordi internazionali da parte del Senato, ordina il sequestro di tutti gli stampati sopra descritti » (notizia in « l'Unità » del 12 febbraio).

(3) Balladore Pallieri, *scritto cit.*, p. 34; S. Galeotti, *Controllo sulla stampa per ragazzi, libertà di stampa e costituzione*, in « Foro Pad. », 1952, IV, p. 145. Anche la censura teatrale e cinematografica continua ad essere esercitata in contrasto coll'ultimo comma dell'art. 21 della Cost., che la vorrebbe limitata solo in difesa del buon costume.

h) L'art. 24 della Costituzione dice che « la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento ». *Non è vero*: nel procedimento penale, come si è detto, la difesa non è garantita nè nella fase investigativa dinanzi alla polizia (che può, senza intervento di difensore, raccogliere dall'arrestato quelle « sommarie informazioni », che spesso decidono dell'esito del processo: art. 225 C. p. p.), nè nella fase istruttoria dinanzi al giudice istruttore (1).

i) L'art. 13 penultimo comma della Costituzione dice che « è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà », e l'art. 27 vieta anche sui condannati « trattamenti contrari al senso di umanità ». *Non è vero*: le violenze della polizia sugli arrestati o degli agenti carcerari sui detenuti non sono nè scomparse dalla pratica, nè sempre rigorosamente represse, come ha dimostrato una recente inchiesta parlamentare (2).

l) L'art. 24 della Costituzione ultimo comma afferma il diritto alla « riparazione degli errori giudiziari ». *Non è vero*: la vittima dell'errore giudiziario può aspirare soltanto a quella specie di elemosina, condizionata a una valutazione discrezionale del bisogno e dei meriti del richiedente, che è ammessa dal vigente art. 571 C. p. p., non a titolo di risarcimento, ma « a titolo di soccorso » (3).

m) L'art. 33 della Costituzione dice che « l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento ». *Non è vero*: il ministro della P. I. con sua circolare 2 ottobre 1954 ha ricordato ai rettori delle Università che è tuttora in vigore (in contrasto anche coll'art. 17 della Cost.: libertà di riunione) il r. d. 17 ottobre 1935 n. 2082, secondo il quale, per poter tenere in Italia congressi scientifici e culturali nazionali e internazionali, bisogna premunirsi della preventiva autorizzazione della presidenza del Consiglio dei ministri, con domanda da presentarsi « almeno sei mesi prima della data fissata per la manifestazione » (il r. d. 17 ottobre 1935 n. 2082, per chi non lo sapesse, è il testo fondamentale con cui il fascismo aveva stabilito il rito annuale col quale il capo del governo si degnava di approvare il « calendario ufficiale dei congressi nazionali ed internazionali da tenersi nel Regno nel successivo anno fascista », e aveva instaurato la « disciplina », cioè il confor-

---

(1) Cfr. il già citato volume di BATTAGLIA, *Processo alla giustizia*, e, sul « Ponte » del luglio 1952, la inchiesta *Sulle relazioni tra polizia e magistratura*, pp. 900 sgg.

(2) L'inchiesta parlamentare fu deliberata alla Camera il 20 febbraio 1952 (Cam. Disc. 1952, pp. 35599-36818), su proposta Calamandrei-Rossi. Sull'esito di essa, cfr. DELLA PERGOLA, sul « Ponte » del maggio 1954, p. 803. Cfr. anche BALLADORE PALLIERI, *scritto cit.*, p. 36.

(3) Cfr. l'inchiesta *Sulla riparazione degli errori giudiziari*, in « Ponte », maggio 1954, pp. 769 sgg.

mismo non solo dei congressi, ma altresì « delle partecipazioni delle delegazioni ufficiali italiane ai congressi internazionali all'estero, delle pubbliche manifestazioni di scienza, arte, intellettualità, di beneficenza e di sport, delle commemorazioni ed onoranze »). Ancor più di recente il min. della P. I. ha vietato a tre professori ordinari di anatomia patologica e di patologia generale (non comunisti!) di accettare l'invito ad essi rivolto dalla Società medica giapponese di partecipare alla Conferenza internazionale che si terrà prossimamente a Tokio per lo studio degli effetti delle esplosioni atomiche sopra i soggetti che ne sono stati colpiti: la polizia non aveva fatto difficoltà per il passaporto; ma il min. della P. I. ha negato la sua autorizzazione « per ragioni di convenienza » (scientifica?) (1).

L'esemplificazione si potrebbe continuare; ma bastano questi esempi, crediamo, per far vedere quanto cammino c'è ancora da compiere in Italia per tradurre in realtà le proclamazioni costituzionali dei diritti dell'uomo e del cittadino!

Altrettanto gravi sono le inadempienze nel campo dei diritti politici.

Qui è in giuoco soprattutto il principio dell'uguaglianza giuridica e politica, essenza della democrazia, tanto che la stessa Costituzione lo afferma come uno dei princìpi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, nell'art. 3: « Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali ». E da questo principio fondamentale di uguaglianza la Costituzione trae come conseguenza l'uguaglianza dei diritti politici: per tutti i cittadini, « uomini e donne », il diritto di voto « personale ed uguale, libero e segreto » (art. 48); il diritto di tutti i cittadini « di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale » (art. 49); il diritto di tutti i cittadini « dell'uno o dell'altro sesso », « di accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di uguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalle leggi » (art. 51).

Ora in realtà questa proclamata uguaglianza di diritti politici non è di fatto attuata: e anche in questo campo si incontrano numerose le inadempienze costituzionali.

a) La uguaglianza dei sessi, come non è di fatto osservata nel campo del lavoro per quanto attiene alla retribuzione (art. 37 Cost.), così è disconosciuta nel campo dell'ammissione ai pubblici uffici. Le

---

(1) Cfr. sulla « Stampa » del 27 febbraio 1955 il commento di Filippo Sacchi, intitolato: *E' lecito ai nostri medici studiare l'atomica?*

esclusioni delle donne da certi uffici, previste dall'art. 7 della legge 17 luglio 1919, n. 1176 (reg. 4 gennaio 1926, n. 39) sono state recentemente ribadite dalla giurisprudenza, secondo la quale l'art. 51 della Costituzione avrebbe carattere programmatico, non precettivo: è bastato alla Cassazione questo solo argomento per escludere le donne non solo dall'ingresso nell'ordine giudiziario, ma anche dall'entrare a far parte dei giudici popolari della Corte d'Assise (1).

La stessa osservazione si può fare a proposito dell'ordinamento della famiglia: che, fondato nel diritto civile vigente sul principio tradizionale della preminenza del marito, è ben lontano da quella « eguaglianza morale e giuridica dei coniugi », di cui parla l'art. 29 della Costituzione (2).

b) Infrazioni ancora più gravi al principio dell'uguaglianza sono in atto nel campo della libertà di opinione e della libera appartenenza ai partiti politici.

La Costituzione italiana riconosce ai cittadini la libertà di associarsi in partiti come un'applicazione della libertà di associazione: i partiti sono associazioni che si distinguono dalle altre solo per la natura *politica* del loro fine, in quanto formati « per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale » (art. 49). I limiti che la Costituzione pone alla libertà dei partiti possono riguardare i *fini* ed i *metodi*. In quanto ai *fini*, l'unica limitazione di carattere generale che la Costituzione pone alle finalità ideologiche dei partiti è che non si propongano fini « vietati *ai singoli* dalla legge penale » (art. 18 primo comma). Uno speciale limite desunto dal fine è posto dalla XII disp. trans. che vieta espressamente per ragioni intuitive di polemica storica la ricostituzione del partito fascista (3). In quanto ai *metodi*, sono vietati i partiti organizzati in formazioni clandestine o di carattere militare (art. 18 secondo comma), e quelli che agiscono o si propongono di agire *esternamente* (escluso quindi ogni controllo sulla loro organizzazione interna) senza rispettare il *fair play* del « metodo democratico », il quale esige che la lotta politica si mantenga sul terreno delle opinioni e non si valga di mezzi violenti o fraudolenti. Tutti i partiti che rispondono a questi requisiti e agiscono entro questi limiti, sono ammessi in regime di piena parità nella vita politica nazionale: nè, tra

---

(1) Cfr. BARILE, *op. cit.*, p. 64-67, con richiami.

(2) BARILE, *Eguaglianza dei coniugi e unità della famiglia*, Padova, 1955.

(3) Cfr. BARILE, *op. cit.*, p. 31: in attuazione di tale divieto sono state emanate varie leggi ordinarie: 3 dicembre 1947, d. l. 14 febbraio 1948; l. 20 giugno 1952, n. 645, che colpisce (!) la riorganizzazione o l'apologia del fascismo con sanzioni penali individuali e collo scioglimento e confisca dei beni dell'associazione o del movimento.

diversi partiti ammessi, sono costituzionalmente concepibili discriminazioni che ricollegano all'appartenenza a un partito piuttosto che a un altro limitazioni di diritti individuali o privilegi. Il principio che i diritti individuali del cittadino, civili e politici, devono essere ugualmente rispettati qualunque sia il partito al quale egli appartiene, non può essere violato nè da atti del potere esecutivo nè da atti del legislatore ordinario: per potere, all'infuori dei casi sopra previsti, dichiarare illegale un partito in vista dei suoi fini ideologici, e per potere limitare o menomare i diritti individuali degli appartenenti a quel partito, bisognerebbe modificare l'art. 49 della Costituzione (1).

Ora bisogna riconoscere che in questi primi anni di applicazione della Costituzione, almeno due tentativi « in grande stile » sono stati fatti per violare il principio costituzionale della uguaglianza dei partiti: uno in sede legislativa, ed uno in sede governativa, l'uno e l'altro espressione di uno stesso disegno politico perseguito dal partito di maggioranza.

Il primo tentativo, in sede legislativa, è stato costituito dalla riforma della legge elettorale politica varata colla legge 31 marzo 1953, n. 148, colla quale il partito che era al governo, dopo una lunga ed accanita battaglia parlamentare seguita con grande partecipazione dall'opinione pubblica, riuscì a sostituire al sistema proporzionale il sistema del « premio di maggioranza »: per esso, qualora le liste collegate fossero riuscite a raggiungere fra tutte la metà più uno dei voti validi, la coalizione governativa avrebbe automaticamente lucrato più di tre quinti dei seggi (380 su 589). Ma nelle elezioni del 7 giugno 1953, in cui la legge fu esperimentata, la coalizione governativa non riuscì a raggiungere la maggioranza, e quindi lo sperato premio non scattò: se avesse scattato, esso, dando ai voti dei partiti coalizzati un peso elettorale molto maggiore di quello attribuito ai voti di minoranza, avrebbe violato il principio costituzionale della uguaglianza del voto (art. 48, secondo comma Cost.) (2). Per fortuna il buon senso degli elettori italiani impedì la riuscita del tentativo: e la malaugurata legge 31 marzo 1953, strumento di sopraffazione politica che non fa onore a chi la escogitò, fu abolita dal nuovo parlamento, con legge 31 luglio 1954, n. 615. Anche qui, per non portare in questa sede giudizi suggeriti da preconcetti politici, credo che meriti di esser meditata la opinione espressa su questa legge da un costituzionalista imparziale come il Bal-

(1) Cfr. in proposito, BARILE, *op. cit.*, I, n. 12, pp. 29 sgg.; PREDIERI, *I partiti politici*, in *Commento* cit., I, pp. 199 sgg.; ESPOSITO, *op. cit.*, pp. 213 sgg.; MORTATI, *op. cit.*, p. 387; VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1948, p. 210.

(2) Cfr. il mio discorso alla Camera dei Deputati il 12 dicembre 1952.

ladore Pallieri, il quale riconosce che essa « ebbe lo scopo evidente di assicurare una larga maggioranza e un indisturbato potere per tutta la ventura legislatura a quella che era la maggioranza di allora; fu un tentativo, insomma, per questa di radicarsi al potere, e costituisce da questo punto di vista un pericolosissimo precedente... »; sicchè « va fatta lode all'elettorato italiano ed è indice della maturità politica di questo e induce a ben sperare nel futuro democratico del nostro paese, il fatto che contro di essa gli elettori italiani si siano pronunciati » (1).

Il secondo tentativo, tuttora in corso, è stato portato non in sede legislativa, ma in sede governativa. In tutti questi anni, da che l'attuale maggioranza è al potere, il principio già ricordato della « imparzialità dell'amministrazione » (2), non ha impedito che assai di frequente gli organi esecutivi abbiano esercitato il proprio potere discrezionale in maniera politicamente non imparziale (favoritismi a persone appartenenti al partito di maggioranza; persecuzioni contro gli appartenenti ai culti acattolici o ai partiti di opposizione); e in questi casi, quando l'interessato è riuscito a dimostrare in concreto che il provvedimento a suo carico era viziato da siffatta parzialità politica, è riuscito talvolta ad ottenerne l'annullamento dagli organi della giustizia amministrativa, sotto il profilo dell'eccesso di potere.

Ma fino a poco tempo fa si trattava di casi singoli; numerosi, ma non rispondenti, almeno in apparenza, a un piano preordinato di politica governativa. La novità che si è avuta di recente è stata questa: che il governo ha sentito il bisogno di proclamare, in un apposito comunicato del Consiglio dei ministri del 4 dicembre 1954, che d'ora in avanti il principio costituzionale dell' « imparzialità amministrativa » sarà sistematicamente violato, senza bisogno di nuove leggi, a carico dei cittadini appartenenti ai partiti cosiddetti totalitari. Questa proclamata « pianificazione » programmatica dell'eccesso di potere, in forza della quale i cittadini appartenenti a certi partiti sono avvertiti che la pubblica amministrazione, ogni volta che dovrà esercitare un potere discrezionale, non lo eserciterà nell'interesse del servizio, ma se ne servirà come strumento di lotta politica del partito di maggioranza contro i partiti di opposizione, è talmente straordinaria e sorprendente, che può considerarsi come uno degli eventi costituzionali più significativi per definire il carattere del regime in cui viviamo: e però vi tornerò più avanti, nel capitolo conclusivo di questo saggio.

Merita una menzione a parte, nel campo degli inadempimenti costituzionali concernenti i diritti politici, la sorte toccata in questi

---

(1) *Scritto cit.*, pp. 21, 22.

(2) Esposito, *op. cit.*, pp. 231 sgg.

anni, in un caso molto discusso dalla dottrina (1), al diritto di petizione: il quale, pur essendo affermato in maniera assoluta dall'art. 50 della Costituzione (« Tutti i cittadini possono rivolgere petizioni alle Camere per chiedere provvedimenti legislativi o esporre comuni necessità »), è stato disconosciuto in pratica nel 1950, quando i partiti di sinistra indissero la cosiddetta « petizione per la pace », contro il « patto atlantico » che allora il parlamento era chiamato a votare. In quella occasione le autorità di polizia ostacolarono o vietarono in più modi la raccolta delle firme: e poichè questi divieti dettero luogo a vertenze che finirono dinanzi all'autorità giudiziaria, la Corte di Cassazione giudicò che fossero insindacabili i provvedimenti delle autorità di pubblica sicurezza coi quali, per asseriti motivi di ordine pubblico, era stato ostacolato o vietato l'esercizio del diritto di petizione (2). Pericolosa affermazione, com'è facile intendere: la quale potrebbe portare ad affermare che il diritto di petizione può essere esercitato dai cittadini solo quando corrisponda alle direttive politiche del governo!

In questa rassegna di sistematiche violazioni dei diritti civili e politici può trovar posto anche il disconoscimento altrettanto sistematico di quelle autonomie degli enti territoriali che la nostra Costituzione, nell'organizzazione dello Stato-comunità, vorrebbe difese e garantite contro gli attentati del potere centrale sullo stesso piano con cui vorrebbe garantiti i diritti individuali di libertà (3). Le autonomie locali, che la Repubblica, secondo l'art. 5 della Cost. « riconosce e promuove », non solo non sono state *promosse*, come avrebbero dovuto essere, mediante la istituzione delle Regioni (cfr. p. 529 *d* e 537 *d*), ma non sono state neanche *riconosciute* com'erano prima del fascismo, perchè, rimasto in vita come si è detto l'ordinamento fascista delle prefetture che riserva al governo poteri di controllo sulle amministrazioni comunali molto più penetranti e soffocanti di quelli regionali previsti dagli artt. 128, 129 e 130 della Cost. (4), il governo si è sistematicamente servito di questi poteri lasciati in eredità dal fascismo come un'arma contro le amministrazioni locali tenute da partiti diversi da quello dominante: il quale « divenuto partito di governo, esaspera e non attenua i controlli, e fa di ogni forma di tutela sui comuni e sulle

(1) VIRGA, in « Foro pad. », 1949, IV, pp. 145 sgg.; COSSIGA, *ibidem*, 1951, IV, pp. 289 sgg.; BALLADORE PALLIERI, *scritto cit.*, p. 38.

(2) Cass. 18 ottobre 1950, in « Foro pad. », 1951, IV, p. 151.

(3) MORTATI, *Ist.* cit., pp. 374 sgg., 390 sgg.

(4) Secondo gli artt. 55 e 56 della l. 10 febbraio 1953, n. 62 (già ricordata in nota a pag. 530) i controlli sugli enti locali, oggi esercitati dalla G.P.A. e dal prefetto, passerebbero a comitati regionali, nei quali un solo componente sarebbe di nomina governativa.

province strumento prezioso di lotta contro gli avversari e per favorire i suoi. E' anzi in atto una offensiva contro le maggioranze di nomina locale nei consigli di amministrazione di opere pie, di collegi, ecc.; qui pure la maggioranza dovrà essere di degnazione governativa » (1).

Non è possibile dare qui un'idea adeguata, attraverso una casistica che sarebbe purtroppo abbondantissima, delle pressioni che il governo riesce ad esercitare attraverso i prefetti sulle amministrazioni locali, nè dimostrare, come pur sarebbe possibile con una serie di raffronti tipici, come il controllo sia sistematicamente più rigoroso, anche qui in contrasto col principio della « imparzialità dell'amministrazione », contro le amministrazioni legittimamente tenute da partiti invisi al governo (2): il rigore e la parzialità politica si sono intensificati dopo il comunicato ministeriale del 4 dicembre 1954, com'è stato dimostrato poco dopo, in modo clamoroso, dall'episodio molto significativo del recente scioglimento del Consiglio comunale di Rimini (3).

Se tante e così gravi sono state le inadempienze nel campo dei diritti civili e politici e delle autonomie locali che la Costituzione proclama e garantisce come già esistenti, è agevole comprendere come ancor più totalmente la Costituzione sia rimasta inattuata nel campo dei rapporti etico-sociali ed economici (artt. 29-47), cioè in quel campo in cui le sue disposizioni hanno più spesso un carattere meramente programmatico, in quanto esse, più che la proclamazione di diritti già esistenti, sono soltanto promesse di un graduale rinnovamento della società, che dovrebbe svolgersi attraverso un lungo lavoro legislativo di riforme a lungo respiro.

Ho già notato che la nostra Costituzione, mentre, nella parte in cui proclama i diritti fondamentali dell'uomo e del cittadino, contiene una polemica contro il recente passato, contiene altresì, nella parte in

---

(1) JEMOLO, *Autonomia ed autonomie*, sul « Mondo » del 27 aprile 1954.

(2) Cfr. il numero speciale dedicato al convegno di Bologna per le autonomie locali dalla rivista « Il Comune democratico » del luglio 1954.

(3) Questo caso (sulla cui legittimità pende ricorso al Consiglio di Stato) ha dato luogo il 5 febbraio 1955 a Forlì a una assemblea di rappresentanti degli enti locali, che ha votato un appello per la difesa delle autonomie locali. Curioso particolare di questo episodio: avendo l'on. Togliatti mandato un telegramma di solidarietà per la lotta in difesa dell'autonomia comunale, sostenuta dai consiglieri comunali dell'amministrazione disciolta di Rimini, è stato denunciato per oltraggio all'autorità da cui era stato firmato il decreto di scioglimento!

Mentre correggo le bozze di questo scritto, dinanzi alle commissioni della Camera sono in discussione proposte di legge di iniziativa parlamentare, per limitare i poteri di controllo dei prefetti sugli enti locali (su iniziativa di deputati di vari partiti, on. Martuscelli, Luzzatto, Bozzi, Macrelli, Chiaramello).

cui afferma i cosiddetti « diritti sociali » (1), una polemica contro l'assetto economico della società presente, del cui rinnovamento, che la Costituente non ha avuto tempo di compiere essa stessa, ha tracciato un programma per l'avvenire, affidato alla fedeltà costituzionale del legislatore ordinario. Ma anche qui la fedeltà del legislatore ordinario è quasi interamente mancata.

Il proposito di rinnovamento sociale, senza il quale (come si è visto) la Repubblica italiana non potrà rispondere alla figura costituzionale annunciata dall'art. 1 della Costituzione, è energicamente affermato soprattutto in due disposizioni: nel secondo comma dell'art. 3, in cui si afferma che « è compito della Repubblica *rimuovere* gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando *di fatto* la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese »; e nell'art. 4, che, dopo aver riconosciuto a tutti i cittadini il diritto al lavoro, aggiunge che la Repubblica « promuove le condizioni che rendono *effettivo* questo diritto ».

In questi articoli, secondo la loro formulazione, c'è qualcosa di più che la platonica affermazione di princìpi: c'è il chiaro proposito di un lavoro da iniziare senza ritardo.

Non è compito di questo saggio cercar di immaginare, sia pure a grandi linee, quale dovrebbe essere, alla fine di questo lavoro di rinnovamento sociale, la fisionomia economica della nuova società che la Costituzione addita come meta da raggiungere (2). Ma qui possiamo limitarci a rilevare che alcune delle strade che portano a quella meta sono fin d'ora chiaramente segnate.

Se una vera democrazia non può esistere ove non sia garantito ad ogni cittadino il « pieno sviluppo della persona umana » (art. 3), che solo può ottenersi dove ognuno possa ritrarre dal lavoro una retribuzione « sufficiente ad assicurare a sè e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa » (art. 36), il compito più urgente segnato dalla Costituzione al legislatore è quello della lotta a fondo contro la disoccupazione: rendere *effettivo* il diritto al lavoro di tutti i cittadini, questo era il primo dovere del nuovo parlamento, perchè solo attraverso il lavoro equamente retribuito ogni lavoratore potrà conseguire quella piena dignità umana e sociale che gli permetterà di essere elemento operoso della comunità democratica.

---

(1) Cfr. GURVITCH, *La dichiarazione dei diritti sociali*, trad. it., Milano, 1949.

(2) Cfr. in proposito BERTOLINO, *Direttive di politica economica nella nuova Costituzione italiana*, Lisbona, 1954; MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, estr. da « Il diritto del lavoro », 1954, fasc. 5-6; cfr. anche CRISAFULLI, *op. cit.*, pp. 30-2; BALLADORE PALLIERI, *scritto cit.*, pp. 43 sgg.

Compito altrettanto urgente è quello della scuola. Il segreto di una democrazia che voglia durare è quello di mantenere aperto il ricambio della classe dirigente, in modo che questa non rimanga il privilegio di una casta chiusa e conservatrice, ma sia espressione in perpetuo rinnovamento delle migliori forze affioranti da tutti i ceti sociali: e il tramite attraverso il quale si mantiene questo continuo afflusso di correnti sociali rinnovatrici dalle basi verso i vertici, non può esser che la scuola. Anche questo è stato sentito dalla Costituzione, nella quale l'art. 34 afferma che « la scuola è aperta a tutti. L'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita. I capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi. La Repubblica *rende effettivo questo diritto*, con borse di studio, assegni alle famiglie ad altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso ».

Lavoro e scuola: *rendere effettivo* il diritto al lavoro, equamente retribuito; *rendere effettivo* il diritto dei capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, di raggiungere i gradi più alti degli studi, in modo che diventi così effettivo anche il diritto di tutti i cittadini di accedere « in condizioni di uguaglianza » agli uffici pubblici e alle cariche elettive (art. 51): — queste sono le vie che la Costituzione addita per creare una democrazia in cui sia garantito ad ognuno « il pieno sviluppo della persona umana ».

Ma il diritto al lavoro e il diritto alla scuala non si possono *rendere effettivi* se non attraverso un programma generale di politica economica e sociale, che permetta di trovare i mezzi occorrenti per dare lavoro e scuole a tutti i cittadini: a tale scopo la Costituzione rispetta la proprietà privata (art. 42), ma vuole che ne siano determinati « i limiti, allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti »; riconosce la iniziativa privata (art. 41), ma aggiunge che essa « non può svolgersi in contrasto all'utilità sociale »; e ammette quindi che l'una e l'altra possano essere limitate e corrette dall'intervento dello Stato (artt. 43, 44), demandando al legislatore il compito di determinare i limiti e le forme di questo intervento: « i programmi e i controlli opportuni perchè l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali » (art. 41 ultimo comma).

E la stessa Costituzione indica anche quali potrebbero essere le vie di questa prevista pianificazione: espropriazione e trasferimento « ad enti pubblici o comunità di lavoratori e di utenti, di determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale » (art. 43); incremento della cooperazione a carattere di mutualità (art. 45); riforma agraria (arti-

colo 44); incremento della cooperazione (art. 45); limitazione della trasferibilità della proprietà per successione (art. 42 ultimo comma); perequazione tributaria (art. 53).

Di tutto questo vasto lavoro di trasformazione sociale, che la Costituzione ha considerato come premessa indispensabile per costruire una democrazia fondata sul lavoro, e che dovrà quindi esser compiuto prima che la Costituzione possa dirsi a pieno « attuata », che cosa è stato fatto in questi anni?

Dare una risposta adeguata a queste domande non è compito del presente saggio (1). Anche se l'economista o il sociologo può ammirare l'endogena vitalità colla quale il popolo italiano in tutti i suoi ceti si è adoprato, ognuno per suo conto, a rimarginare le ferite prodotte dalla guerra, il costituzionalista invano cerca in questo confortante e quasi miracoloso moto di rinascita spontanea un disegno politico perseguito dal governo e corrispondente alle linee della Costituzione, la quale non si proponeva una semplice restaurazione, ma indirizzava il legislatore verso una pacifica trasformazione sociale. Nel lavoro legislativo della prima legislatura qualche tentativo verso un primo inizio di questa trasformazione si può ravvisare nelle leggi per la riforma agraria, che portano il nome del ministro Antonio Segni, nella legge per la riforma tributaria, che porta il nome del ministro Ezio Vanoni, la cui opera è stata proseguita dal ministro Roberto Tremelloni, e nelle leggi per la rinascita del Mezzogiorno (2). Ma queste riforme più urgenti sono state attuate più che come preordinate tappe di un programma lungimirante di rinnovamento, come espedienti di politica elettorale, imposti dagli eventi: e dall'interno della stessa maggioranza che aveva approvato queste riforme sono sorte subito dopo le forze reazionarie per ridurne la portata o addirittura per impedirne l'attuazione. E' mancata al parlamento della prima legislatura la visione complessiva del problema sociale italiano, e la volontà di affrontarlo con una pianificazione organica di lotta legale contro il privilegio. I contrasti di interessi tra ceti privilegiati e classi diseredate che si sono andati progressivamente aggravando nell'interno del partito che è al governo, lo hanno condannato, nonostante la maggioranza schiacciante di cui disponeva nella prima legislatura, a una politica di immobilismo sociale, che ha lasciato insoluto il problema preliminare e fondamentale della disoccupazione: il quale si è andato progressivamente aggravando in questi ultimi anni senza che nessuna proposta seria per cominciare a risolverlo

(1) Cfr. in questo stesso volume il saggio di Epicarmo Corbino [nel vol. *Dieci anni dopo*; v. *supra*, nota °]

(2) Più ampie notizie, in Balladore Pallieri, *scritto cit.*, pp. 43-46, e pp. 425 sgg. del saggio di Corbino.

sia neanche stata avanzata. Alla rinascita economica italiana hanno potentemente contribuito gli aiuti americani (1); ma essi hanno contribuito anche a rimettere ai posti di comando la classe politica responsabile del fascismo e a ricostruire in Italia la stessa situazione economica da cui il fascismo trasse il suo alimento (2).

La disoccupazione, accresciuta dai licenziamenti spesso fatti in base a discriminazioni politiche imposte dai sovventori americani, va aumentando: permangono in Italia, e non soltanto nel Mezzogiorno, larghe zone in cui le popolazioni si trovano ancora in uno stato di avvilente miseria, prive non solo di quella adeguata retribuzione di lavoro che occorrerebbe per assicurare, secondo il voto dell'art. 36 della Costituzione, « un'esistenza libera e dignitosa », ma anche di quel minimo di nutrizione che la fisiologia ritiene indispensabile per sopravvivere senza languire (3). Una politica di « pieno impiego » predisposta con adeguata pianificazione di mezzi, è finora assolutamente mancata. Le inchieste parlamentari sulla disoccupazione e sulla miseria, promosse a iniziativa dei deputati socialdemocratici on. Roberto Tremelloni e on. Ezio Vigorelli (4), hanno rivelato quale sia la situazione vera delle « zone depresse » del nostro paese: e come le istanze sempre più urgenti di rinnovamento sociale che vengono dai partiti di sinistra non siano frutto di demagogia.

L'esame di questa generale carenza di adeguate riforme sociali, è di competenza, più che del costituzionalista, dell'economista, il quale solo può dare un adeguato giudizio complessivo su un indirizzo decennale di politica economica e finanziaria, che potrà esser adeguatamente valutato partendo dalle condizioni catastrofiche in cui l'economia italiana fu lasciata dal fascismo, e collocandola nel quadro più vasto dell'economia e della strategia europea e mondiale, di cui l'Italia non è che una pedina.

Qui, per esaurire anche in questo campo l'enumerazione delle inadempienze a singoli precetti costituzionali, possiamo rilevare che, sia nel campo della scuola che in quello del lavoro (le due vie maestre, come si è visto, per la creazione di una nuova classe politica), le norme della Costituzione rimangono in gran parte inattuate: i cosiddetti « diritti sociali » del cittadino rimangono, per ora, remota promessa.

---

(1) CORBINO, *saggio cit.*, pp. 439 sgg.

(2) Cfr. in proposito il libro fondamentale di ERNESTO ROSSI, *I padroni del vapore*, Laterza, 1955.

(3) CORBINO, *saggio cit.*, pp. 448 sgg.

(4) CORBINO, *saggio cit.*, pp. 448 sgg.: cfr. *Commissione parlamentare d'inchiesta sulla disoccupazione*, Camera dei Dep., Roma, 1953, tomi 16; *Commissione*

Il « diritto alla scuola », di cui parla l'art. 34, diventa in certe regioni una irrisione. L'istruzione inferiore, che dovrebbe essere obbligatoria « per almeno otto anni », in molte zone non può essere impartita, per mancanza di strade e di scuole, neanche per tre. Ed anche se per aiutare i più « capaci e meritevoli » a continuare gli studi si sono moltiplicate in questi ultimi anni le esenzioni da tasse scolastiche e le borse di studio (1), non si può dire che, dove resta ancora da organizzare la istruzione elementare, prima base di ogni riforma della scuola, sia possibile un sistema scolastico, come dovrebb'essere quello previsto dalla Costituzione, che garantisca in condizioni di uguaglianza ai figli di tutti i ceti sociali la possibilità pratica di mettere in valore attraverso la scuola le loro attitudini allo studio, e di salire di grado in grado, quando siano capaci e meritevoli, alle scuole superiori dove dovrebbero formarsi i futuri dirigenti della società. Prima di dare la scuola ai figli, bisogna dare il pane alle famiglie, da cui i figli dovrebbero uscire per indirizzarsi agli studi.

Del pari è ancora pura utopia il « diritto al lavoro », consacrato nell'art. 4: in un paese dove i disoccupati superano i due milioni, non c'è bisogno di darne la dimostrazione. Anche qui non è compito del presente saggio addentrarsi nei problemi costituzionali attinenti al lavoro (2). Qui possiamo limitarci a rilevare che, intorno alla fondamentale inadempienza all'art. 4, numerose altre si possono enumerare: la retribuzione, in molti campi della produzione, è ancora lungi dal raggiungere il minimo stabilito dall'art. 36; il diritto alla parità di retribuzione, che l'art. 37 riconosce alla donna lavoratrice, non è in pratica osservato. Le leggi che dovrebbero regolare l'organizzazione sindacale, in modo da farla corrispondere ai princìpi stabiliti dall'art. 39 della Costituzione, non sono state ancora emanate; il diritto di sciopero affermato dall'art. 40 della Costituzione (uno dei pochi articoli ai quali la giurisprudenza ha riconosciuto efficacia immediatamente abrogativa delle disposizioni precedenti che consideravano lo sciopero come un delitto) (3), attende ancora le leggi che, secondo lo stesso precetto costituzionale, dovrebbero regolarne l'ambito ed i limiti; e così sono

---

parlamentare d'inchiesta sulla miseria in Italia e sui mezzi per combatterla, vol. I, Relazione generale, 1953 (i 14 volumi di questa inchiesta sono in corso di stampa).

(1) Balladore Pallieri, *scritto cit.*, p. 46.

(2) Cfr. in questo stesso volume [nel vol. *Dieci anni dopo*; v. *supra*, nota *], il saggio di Emilio Lussu sui sindacati: cfr. anche il citato scritto del Mortati, *Il lavoro nella Costituzione;* Esposito, *Lo Stato e i sindacati* (nel volume cit., pp. 151 sgg.); Crisafulli, *op. cit.*, pp. 145 sgg.

(3) Cfr. Calamandrei, *Significato costituzionale del diritto di sciopero* (in « Riv. giur. del lavoro », 1952).

ancora di là da venire le leggi che dovrebbero tradurre in pratica il diritto dei lavoratori, consacrato nell'art. 46 della Costituzione, « a collaborare... alla gestione delle aziende » (1): anzi si può dire che, mentre nulla si è fatto finora nel campo legislativo per dare attuazione pratica a questo principio costituzionale di cointeressamento e gestione operaia nelle aziende, i lavoratori in questi ultimi anni hanno visto sempre più limitate ed ostacolate dai datori di lavoro anche quelle organizzazioni interne di fabbrica a carattere sindacale, che erano in atto ancor prima della Costituzione (2).

Si può dire in generale che, come dall'entrata in vigore della Costituzione fino ad oggi vi è stato nello Stato italiano piuttosto un arretramento che un progresso nella tutela dei diritti civili e politici dei *cittadini*; così vi è stato nell'interno delle fabbriche un arretramento nel campo delle libertà e dei diritti sindacali dei *lavoratori*, che, dopo la caduta del fascismo, erano riusciti a riconquistarli e a farli consacrare nella Costituzione.

Mentre nello Stato il cittadino rischia di retrocedere a suddito, nelle fabbriche il lavoratore rischia di veder retrocessa la democrazia sindacale a un regime di assolutismo padronale, in cui, specialmente dopo che il governo ha avallato la politica delle discriminazioni politiche incoraggiata dall'esterno, i lavoratori vivono sotto il terrore del licenziamento. E' chiaro riconoscimento di questa situazione il fatto che il parlamento, nella seduta del 28 gennaio 1955, ha approvato, su proposta di due deputati democristiani, una inchiesta parlamentare sulle condizioni degli operai nelle fabbriche, resa necessaria, come ha detto il relatore on. Rapelli, per cercar di vincere « questa atmosfera di paura » che avvilisce gli operai e li riporta ai tempi del corporativismo fascista (3).

La Costituzione di fatto diversa da quella di diritto: cause, effetti e previsioni.

La analisi condotta nel precedente capitolo ci ha dimostrato una situazione generale di carenza costituzionale, che non è limitata a qualche articolo, ma che investe, in maniera generale e si potrebbe dire sistematica, tutte le parti della Costituzione: tanto quella organizzativa dell'apparato costituzionale dove rimangono inattuati gli organi più caratteristici ed innovatori, che avrebbero dovuto esser destinati a

---

(1) Mortati, *scritto cit.*, n. 11.

(2) Cfr. Pera, *La posizione giuridica delle commissioni interne di fabbrica* (Roma, 1954).

(3) Cfr. sul « Ponte » del febbraio 1955 il mio articolo « *Si tollis dignitatem* ».

segnare la fisionomia tipica della nuova Costituzione, quanto quella ordinativa della società, dove gran parte dei diritti civili e politici sono rimasti finora privi di ogni pratica garanzia, e i diritti sociali sono restati allo stato di inappagate promesse.

Bilancio non molto confortante: a chiusura del quale è lecito porsi due domande: I) quali siano state le cause di questa così vasta e generale inadempienza costituzionale; II) quali ne siano oggi gli effetti complessivi, cioè quale sia oggi la Costituzione *effettiva,* cioè di fatto osservata, che si è venuta a creare in Italia in questi otto anni.

La Costituzione apparentemente entrata in vigore il 1° gennaio 1948, in realtà non è mai stata osservata così com'è scritta: è accaduto invece che in questi anni si è venuto lentamente creando attraverso un lavoro di restaurazione dei vecchi ordinamenti, *un regime del tutto diverso da quello scritto nella Costituzione,* dalla quale il governo di fatto si è andato ogni giorno di più allontanando. Quali sono le forze politiche che hanno prodotto e che ogni giorno di più approfondiscono questa divergenza tra la Costituzione di fatto e quella di diritto?

I. - *a*) La causa che si presenta come prima e in apparenza come la più naturale per spiegare l'arresto e la involuzione costituzionale di questi primi otto anni, è la lentezza funzionale del parlamento: il quale, messo dinanzi a problemi politicamente ed economicamente più urgenti di quelli attinenti all'attuazione della Costituzione, ha dovuto occuparsi di questi, via via che l'imprevedibile susseguirsi delle circostanze li faceva nascere, ed ha dovuto rinviare, per materiale mancanza di tempo, la soluzione delle questioni costituzionali spesso tecnicamente assai difficili e complicate, e richiedenti per questo la possibilità, sempre rimandata, di una discussione distesa e non affrettata. L'inadempimento costituzionale, secondo questa spiegazione piuttosto semplicistica, sarebbe dovuto non a cattiva volontà, ma a trascuratezza o a mancanza di tempo: « e quanto alla trascuratezza bisogna onestamente riconoscere che, almeno in parte, trova giustificazione: i bisogni del paese erano molti, e le difficoltà in cui si è trovato coinvolto il paese altrettante, nè la risoluzione di altre questioni diverse da quelle dell'assetto costituzionale, poteva venire troppo a lungo rinviata » (1).

In questa spiegazione vi è solo qualche parte di vero. Sarebbe ingiusto addebitare al parlamento di non avere in questi anni lavorato abbastanza: durante i cinque anni della prima legislatura le due Camere hanno seduto quasi in permanenza con un ritmo di attività legislativa sconosciuto ai parlamenti di altri tempi, sia per il numero delle sedute giornaliere e notturne, sia per il numero ingentissimo delle leggi

(1) Balladore Pallieri, *scritto cit.*, p. 49.

approvate (1). In realtà il ritorno al sistema parlamentare ha dimostrato anche in Italia che le assemblee plenarie, specialmente dopo la rigida repartizione in gruppi di partito accentuata dal sistema proporzionale, non sono più gli organi tecnicamente appropriati per l'ordinario lavoro legislativo, che con maggior semplicità e maggior competenza può essere sbrigato nella ristretta cerchia delle commissioni parlamentari permanenti, alle quali la Costituzione attribuisce in certi casi funzioni non solo consultive ma deliberative (art. 72).

Le assemblee parlamentari hanno assunto sempre più, a detrimento della funzione di elaborazione tecnica delle leggi, quella del sindacato sulla politica del governo: le questioni che occupano a preferenza le Camere e che danno luogo alle più accese discussioni seguite con interesse dall'opinione pubblica, sono le questioni di politica generale, in occasione delle quali i partiti si scontrano e si misurano, rivolgendosi dalla tribuna parlamentare, più che ai contraddittori degli altri banchi, al corpo elettorale, cioè al paese.

Questa limitazione del tempo disponibile per la funzione legislativa, derivante dalla ipertrofia della funzione di controllo politico, è ancor più aggravata dal sistema rigidamente bicamerale adottato dalla nostra Costituzione, che pone su uno stesso piano, con poteri assolutamente pari, la Camera dei Deputati e il Senato: il che porta a far sì che sulla stessa questione politica la discussione debba avvenire necessariamente due volte, cogli stessi argomenti ripetuti nelle due assemblee, e che spesso un disegno di legge, prima che le due assemblee si accordino sul testo definitivo, debba essere ripetutamente rimandato da una all'altra, perchè ciascuna di esse ha il potere illimitato di modificare il testo approvato dalla prima.

E tuttavia questi difetti del meccanismo parlamentare, in parte congeniti al sistema tradizionale, in parte accentuati dalla rigida bicameralità adottata da noi, sarebbero stati di molto attenuati se una parte del potere legislativo fosse stato trasferito, come la Costituzione aveva disposto, alle Regioni, e potrebbero ridursi ancora coll'estendere sempre più la competenza deliberativa delle commissioni, e col coordinare meglio i lavori delle due Camere in modo da eliminare gli inutili duplicati di attività (2). In realtà essi non bastano a spiegare la inerzia costituzionale di questi anni: della quale è responsabile, più che la lentezza del parlamento, la deliberata volontà del governo, ossia del partito di maggioranza, del quale il governo è stato in tutti questi anni l'esponente.

---

(1) Dati in BALLADORE PALLIERI, *op. cit.*, p. 11.

(2) Cfr. su questi argomenti, BALLADORE PALLIERI, *scritto cit.*, p. 11; RUINI, *Il parlamento e la sua riforma* (Milano, 1952); *La funzione legislativa* (Milano, 1952).

b) Quando il Balladore Pallieri, nel periodo che ho riferito all'inizio di questo saggio, attribuisce l'attuale situazione di inadempimento costituzionale a tre carenze poste su uno stesso piano (quella del parlamento, quella del governo, quella della Magistratura) non mi sento del tutto d'accordo con lui: ritengo infatti che *la carenza maggiore e decisiva sia stata quella del governo.*

L'impulso per l'attuazione della Costituzione doveva partire dal governo: in quanto proprio nella funzione di governo rientra il compito di stimolare l'attuazione della norma costituzionale e di rendere effettivo il regime che la Costituzione ha disegnato (1).

Nonostante che la Costituzione abbia teoricamente esteso il potere di iniziativa delle leggi ad altri enti (art. 77; art. 99 ultimo comma) e che in questi ultimi anni le proposte di legge di iniziativa parlamentare siano state più numerose che in passato, è certo che quel potere resta in sostanza nelle mani del governo: nella massima parte dei casi è il governo che provvede alla preparazione tecnica e alla formazione dei disegni di legge; ma soprattutto è il governo che, per considerazioni di convenienza politica, decide quali sono le materie su cui è opportuno legiferare, e che stabilisce l'ordine di precedenza per la presentazione dei disegni di legge all'una o all'altra Camera: se un governo, appoggiato su una maggioranza massiccia com'era quella che la democrazia cristiana aveva nella prima legislatura, vuole che una legge sia discussa ed approvata, riesce sempre alla fine (come si vide per la legge elettorale maggioritaria) a farla approvare; e viceversa se il governo non vuole che una legge arrivi in porto, trova sempre i modi per rimandarne la discussione, e alla fine per insabbiarla (quello che sta accadendo in questi giorni a proposito della legge sui patti agrari o della legge Tremelloni per il perequamento tributario, lo dimostra). La scelta tra le leggi che debbono essere spinte fino all'approvazione e quelle che debbono essere ritardate e accantonate, è fatta dal governo in base a criteri politici: contro queste scelte politiche fatte dal governo l'opposizione è alla fine disarmata.

Se durante la prima legislatura il governo democristiano avesse sentito il dovere di lealtà costituzionale di spingere avanti fino all'approvazione le leggi indispensabili per attuare la Costituzione, queste leggi sarebbero andate in porto prima delle altre. Ma è accaduto, al contrario, che *il governo al dovere di lealtà costituzionale ha preferito la convenienza politica del partito da cui era formato*: e in obbedienza ad essa ha deliberatamente agito per far sì che le leggi di attuazione

(1) Cfr. Barile, *Il soggetto privato*, cit., pp. 170 sgg.

costituzionale non fossero presentate, o se presentate non arrivassero all'approvazione.

In molti casi il governo, non potendo decentemente sottrarsi al suo dovere costituzionale di preparare le leggi per la cui approvazione la Costituzione aveva prefisso un termine, ha iniziato i lavori preparatorii ed è arrivato magari a presentare i disegni alle Camere; ma allora si è verificata, nelle commissioni e in assemblea, da parte dei deputati della maggioranza, una studiata tattica di espedienti ostruzionistici, evidentemente concordata col governo, per mandare in lungo e poi per fare arenare la discussione. Ciò è avvenuto sistematicamente, per tutte le leggi che avrebbero dovuto servire a integrare la Costituzione, o a riformare gli istituti dell'ordinamento fascista rimasti in vigore: per salvare la faccia della lealtà costituzionale il governo ha provveduto a presentare i disegni di legge, ma insieme ha dato sottobanco istruzioni alla fida maggioranza perchè facesse di tutto per farli naufragare. Questo doppio giuoco consistente nel distruggere la Costituzione figurando di volerla scrupolosamente osservare, ha raggiunto il suo apice nello scandaloso ostruzionismo con cui la maggioranza è riuscita ad impedire fino ad oggi il funzionamento della Corte costituzionale; ma per tanti altri disegni di legge, chi avesse la pazienza di ricercare nei lavori parlamentari i sottili giuochi di rinvii e di emendamenti (pensiamo, per esempio, a quello che è avvenuto per la mancata riforma del Tribunale supremo militare, o per la mancata riforma della legge di P. S., o per la mancata approvazione della legge Segni sui patti agrari) sarebbe facile ritrovare i caratteristici procedimenti della stessa tattica ostruzionistica concordata col governo.

In realtà, dunque, la pretesa lentezza dei congegni parlamentari non è una spiegazione soddisfacente della mancata attuazione della Costituzione: *è il governo che non ha voluto attuarla; è il governo che nel suo programma politico, non confessato, ma rigorosamente seguito, si è proposto di lasciare inattuata la Costituzione: e ha rigorosamente tenuto fede, (una volta tanto!) a questo suo impegno.*

c) La ragione di questo atteggiamento di sistematica elusione costituzionale, per il quale, se si volesse dargli il suo vero nome, si dovrebbe parlare di attentato continuato alla Costituzione, risale a quel compromesso politico nel quale, come già si è visto, la nostra Costituzione ha le sue radici.

La democrazia cristiana, che pur doveva all'appoggio decisivo dei comunisti l'approvazione di quell'art. 7 che ha permesso alla Chiesa di veder inseriti nella costituzione i Patti Lateranensi, condusse decisamente le elezioni del 18 aprile 1948 sotto il segno della crociata anticomunista; e riuscì così ad ottenere, specialmente alla Camera dei Deputati, una maggioranza talmente schiacciante, da farla insuperbire e darle

l'illusione di essere diventata onnipotente, e di poter governare da sè sola, interrompendo quel continuo dialogo coll'opposizione, necessaria collaboratrice di ogni governo democratico, che è uno dei requisiti essenziali per il buon funzionamento del sistema parlamentare.

Fu questa illusoria strapotenza, datale dagli elettori dominati da motivi psicologici non permanenti, che le permise durante la prima legislatura di considerare tutti i problemi attinenti alla integrazione della Costituzione non più sotto il profilo del dovere costituzionale, ma sotto il profilo della convenienza politica. Nella lotta contro i partiti di opposizione, anche le lacune e le carenze costituzionali diventarono per il partito di maggioranza armi di predominio e strumenti di governo: in maniera sempre più consapevole e sistematica il partito cominciò a mettere in quarantena tutti i problemi costituzionali rimasti in sospeso, ben accorgendosi che, per governare a piacer suo, una docile maggioranza era uno strumento molto più pratico e maneggevole di una Costituzione rigida, e che era politicamente più comodo lasciarla incompiuta e inefficiente come l'aveva lasciata l'Assemblea Costituente, perchè ogni passo fatto per renderla compiuta e funzionante avrebbe creato nuovi limiti di legalità, che avrebbero ostacolato e ristretto il suo predominio.

Ho già detto come sia supponibile che, nella transazione tra tendenze conservatrici e tendenze progressive da cui nacque la Costituzione, ambedue i contraenti abbiano aderito a far qualche concessione alla controparte colla speranza di riuscire nel nuovo parlamento a conquistare la maggioranza, e col segreto proposito, ove tale ipotesi si fosse verificata, di non tener fede agli impegni costituzionali lasciati in sospeso: certo è che, anche se questa riserva mentale non vi fu, il modo con cui si è comportata durante la prima legislatura la democrazia cristiana salita al governo è stato tale da far pensare che da parte sua questa riserva vi fosse stata.

Non v'ha dubbio che la temporanea sopravvivenza di leggi ispirate a una concezione assolutistica dello Stato, e specialmente della legge di P. S. del 1931 che era stata il raffinato strumento poliziesco dell'arbitrio fascista, facilitavano la trasformazione della democrazia in un regime paternalistico, qual era nelle aspirazioni dell'ala più retriva del partito di maggioranza. Restringere nei limiti della legalità i poteri della polizia, munire di garanzie effettive i diritti di libertà, osservare nella prassi amministrativa il principio della imparzialità, rispettare le autonomie locali, rendere del tutto indipendente la Magistratura e funzionante il sindacato della Corte costituzionale sugli atti del potere legislativo, tutto questo avrebbe voluto dire render più sicura la posizione dell'opposizione e agevolarne i compiti, e spezzare nelle mani del governo l'arma della discrezionalità che legittima ogni arbitrio.

Circondare la libertà di opinione delle garanzie di legalità volute dalla Costituzione avrebbe portato necessariamente a restringere il dominio incontrollato dell'autorità: è facile capire perchè questo non fosse desiderato dal partito che era riuscito, colle elezioni del 18 aprile, a concentrare nelle sue mani tutta l'autorità.

Si aggiunga che il completamento della Costituzione nei suoi organi ancora mancanti e nelle sue garanzie di legalità avrebbe perfezionato lo strumento politico meglio idoneo ad aprire alle classi lavoratrici la via verso un graduale ma radicale rinnovamento dei rapporti sociali ed economici: si capisce quindi come le classi abbienti, fondamentalmente avverse a una Costituzione che prometteva la perequazione tributaria, il frazionamento del latifondo, la riduzione dei monopoli e la statizzazione delle grandi imprese di interesse generale, facessero di tutto per evitare che questo strumento potesse esser messo a punto in modo da entrare in funzione per il raggiungimento legalitario di quei fini sostanzialmente rivoluzionari che la Costituzione aveva segnato.

Grande errore fu quello commesso dalla Costituente di non considerare che, se la funzione di una Costituzione democratica dev'esser quella di equilibrare entro precisi limiti legali la lotta fra i partiti, in modo da impedire d'ora in avanti al partito di maggioranza di chiudere all'opposizione le vie legali per diventar maggioranza a sua volta, non si poteva affidare la messa in opera di questo strumento di legalità agli stessi partiti che in esso dovevano trovare il limite precostituito della loro attività politica. Sarebbe stato necessario che prima di iniziare, colle elezioni del 18 aprile, la lotta tra partiti, la Costituzione fosse già perfetta e funzionante in ogni sua parte: e accadde invece che la Costituente, lasciando imperfetta l'opera sua, venne a svalutarla in anticipo, perchè quella Costituzione che avrebbe dovuto essere un sistema di legalità già funzionante come limite prestabilito di ogni lotta politica, diventò invece, nel nuovo parlamento, con una singolare inversione di momenti, la pòsta di quella stessa gara politica, per la quale avrebbe dovuto dettare in anticipo le regole del giuoco. In questo modo la attuazione della Costituzione, che avrebbe dovuto apparire come suprema esigenza di carattere nazionale, sentita con uguale impegno da tutti i cittadini, si immiserì fino a diventare *da problema di governo problema di partito*. Questo è il maggior rimprovero che, nel campo costituzionale, si può muovere al governo che ha retto le sorti d'Italia durante la prima legislatura: di aver considerato l'attuazione della Costituzione non come un dovere da adempiersi lealmente al disopra e all'infuori della lotta dei partiti, ma come una carta del giuoco politico, di cui il partito di maggioranza potesse scaltramente disporre per meglio assicurare il suo predominio e le sue fortune elettorali.

d) Si è avuto così, durante il corso della prima legislatura una vera e propria pianificazione governativa (qui sì!) dei modi per eludere il completamento e l'entrata in funzione della Costituzione: e la ragione che sempre più apertamente si è addotta per giustificare questa politica è stata quella della lotta contro il totalitarismo di sinistra. La Costituzione (si è lasciato intendere, e poi sempre più chiaramente si è detto) se venisse scrupolosamente attuata ed osservata, rafforzerebbe le garanzie dell'opposizione; ma opposizione vuol dire comunismo: e allora, per combattere il comunismo, si può tranquillamente sacrificare la Costituzione.

La crociata contro il comunismo cominciò, subito dopo terminati i lavori della Costituente, colle elezioni del 18 aprile 1948. Ma nei primi mesi della prima legislatura la lotta, per quanto aspra, era rimasta ancora sul terreno ideologico, senza entrare dichiaratamente nel campo delle discriminazioni giuridiche. Ancora *nel febbraio del 1949* si potevano udire dalla bocca di un autorevole senatore democristiano, l'on. Merlin, parole serene e fedeli allo spirito della Costituente, come queste: « sotto questa carta costituzionale ci sono tre firme che sono un simbolo: De Nicola, Terracini, De Gasperi: tre nomi, tre idee, tre concezioni, *che costituiscono le correnti di pensiero più importanti del paese.* Il che vuol dire che allora attorno a questo statuto si è formato il consenso del popolo italiano; ed è perciò che esso va difeso con tutte le nostre forze » (1).

Allora nessuno, neanche tra la maggioranza democristiana, osava pensare che nella Repubblica democratica italiana la terza corrente di pensiero, quella socialcomunista, simboleggiata dalla firma dell'on. Terracini, potesse avere una posizione costituzionale diversa da quella garantita alle altre due, la corrente democristiana rappresentata dalla firma dell'on. De Gasperi e quella liberale rappresentata dall'on. De Nicola.

Ma di lì a poco, il 1° luglio 1949 venne, col decreto della Suprema Congregazione del Santo Officio (2), la scomunica dei comunisti: da allora, quantunque si trattasse di una condanna pronunciata apparentemente sul piano spirituale e teologico, l'atteggiamento parlamentare della maggioranza democristiana, (naturalmente portata dalle sue premesse confessionali a tradurre fedelmente nel campo politico le direttive dettate dalle supreme autorità religiose) si irrigidì contro i comunisti e in generale contro gli oppositori: l'opposizione, che nel sistema parlamentare deve rappresentare l'interlocutore indispensabile che

(1) Atti del Senato, 1949, Disc. p. 5053.

(2) Cfr. il mio scritto: *L'ostruzionismo di maggioranza*, III, sul « Ponte » dell'aprile 1953, pp. 446-7; ed JEMOLO, *ivi*, 1949, p. 1231.

colla sua critica alimenta il dialogo della libertà e della ragione, fu guardato con crescente dispregio e quasi si direbbe con terrore, come il reprobo « *vitandus* », macchiato di eresia. La crociata contro gli eretici diventò così uno dei capisaldi della politica democristiana: cogli eretici non si tratta, coi dannati non si discute; ed eretici furono considerati non soltanto i comunisti e i socialisti loro alleati, ma anche qualunque altra persona libera (criptocomunisti, paracomunisti, « utili idioti », e così via) che osasse su qualche questione esser d'accordo cogli eretici ed in contrasto col governo impegnato nella sua crociata contro l'eresia.

La traduzione di questa crociata antieretica in termini costituzionali si affacciò la prima volta, ch'io mi sappia, in un articolo di don Sturzo del maggio 1950 (1), intitolato *Difendiamoci dal comunismo* nel quale, in occasione della discussione della legge sulla nomina dei giudici della Corte costituzionale, si sosteneva che bisognava trovare il modo di interdirne l'accesso ai comunisti; e più in generale si poneva questa massima, che, sotto il profilo giuridico, appariva, con tutto il rispetto per l'eminente uomo politico, sorprendente: « ... I comunisti, come minoranza parlamentare, hanno ben diritto di portare il loro contributo di critica tanto nel parlamento che nel paese, *ma finchè stanno all'opposizione non hanno diritto di partecipare all'amministrazione dello Stato e degli organi e degli enti* ». Questa frase significava dunque che già nel maggio del 1950 un uomo politico dell'autorità di don Sturzo riteneva che vi fossero nella Repubblica italiana milioni di cittadini (i comunisti, e i socialisti loro alleati: e poi, coll'andar del tempo, tutte le molteplici sfumature di cosiddetti paracomunisti), che, a causa delle opinioni da loro professate, e nonostante gli artt. 3, 49, 51 di quella Costituzione alla cui fondazione avevano anch'essi democraticamente concorso nell'Assemblea Costituente, avevano perso il diritto di « partecipare all'amministrazione dello Stato e degli organi e degli enti ». Il principio della discriminazione giuridica dei cittadini in vista delle opinioni politiche da essi professate (principio caro al fascismo, e avviamento necessario ad ogni regime totalitario) era posto così in termini molto chiari: l'uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge « senza distinzione... di religione, di opinioni politiche », che doveva costituire una delle basi della nostra Costituzione (art. 3), era apertamente rinnegata.

Da allora lungo cammino è stato percorso su quella via delle discriminazioni politiche, che fatalmente porta al totalitarismo. La pratica di governo, nelle direttive trasmesse ai prefetti e ai questori si è

(1) Sul settimanale « La Via », diretto dall'on. Giordani, del 6 maggio 1950.

andata sempre più orientando, spesso in contrasto colla giurisprudenza giudiziaria, nel senso di fare un trattamento diverso, in tutti i campi in cui la pubblica amministrazione ha un potere discrezionale, ai cittadini appartenenti ai partiti di maggioranza e ai cittadini appartenenti ai partiti d'opposizione. Le libertà civili e politiche non hanno più uno stesso significato per tutti i cittadini: la libertà di associazione, di riunione, di circolazione, di stampa ha un contenuto diverso secondochè chi la invoca appartenga al partito degli eletti o a quello dei reprobi: la discriminazione contro i comunisti si è pian piano allargata contro tutti i « malpensanti », contro tutti i « sovversivi ». La libertà di culto non esiste per i protestanti nella stessa misura in cui esiste per i cattolici (1). Il diritto al lavoro è diversamente garantito o messo in pericolo secondo la colorazione del sindacato al quale il lavoratore si iscrive.

Anche la legge elettorale maggioritaria del 31 marzo 1953, con cui ingloriosamente si chiuse la prima legislatura, fu presentata come un'arma della lotta contro il comunismo: bisognava falsare, con una bilancia adulterata, il peso dei voti degli oppositori, e distruggere, a danno di una diecina di milioni di elettori, il principio costituzionale dell'uguaglianza del voto. L'arma non funzionò, perchè gli elettori si accorsero del tranello che nascondeva; ma il nuovo governo, uscito dalle elezioni del 7 giugno 1953, quantunque la democrazia cristiana non abbia più in esso quella preminenza schiacciante che aveva nella legislatura precedente, ha ripreso il cammino nella stessa direzione, disposto, pur di poter continuare su quella via, a rafforzare la sua maggioranza coll' « apertura a destra », cioè in direzione del fascismo. Il comunicato ministeriale del 4 dicembre 1954, che ufficialmente annuncia l'adozione in grande stile delle discriminazioni politiche (con un tono che somiglia al comunicato del Gran Consiglio, annunciante le discriminazioni razziali) e la abolizione di fatto del principio della « imparzialità dell'amministrazione » scritto nell'art. 97 della Costituzione, è, fino ad oggi, l'ultimo passo verso la graduale erosione delle fondamenta costituzionali, ormai condotta a buon punto.

e) Per rendersi conto della involuzione costituzionale avvenuta in Italia in questi anni, non bisogna dimenticare che la politica interna dell'Italia, è stata in questi anni nulla più che un riflesso della politica internazionale perseguita da quel blocco di potenze « atlantiche » raggruppate intorno agli Stati Uniti d'America che ha come sua bandiera la lotta mondiale contro il comunismo. Era facile prevedere, quando

---

(1) Cfr. SPINI, *La persecuzione contro gli evangelici in Italia*, in « Ponte », gennaio 1953, n. 1, pp. 1 sgg.

l'Italia aderì al « patto atlantico » che questa adesione costituiva di fatto, anche se non dichiarata, una rinuncia implicita a una parte della sua sovranità, che non poteva rimanere senza conseguenze sulla politica interna (1): la lotta contro l'opposizione di sinistra condotta sempre più apertamente anche in Italia secondo i metodi delle persecuzioni e delle discriminazioni politiche che hanno reso celebre in America e in tutto il mondo la figura del grande inquisitore Mac Carthy, non è stata qui da noi altro che l'effetto (a scoppio, si potrebbe dire, ritardato) di irresistibili suggestioni venute dal di fuori, alle quali il nostro governo ha creduto conveniente uniformarsi. La crociata condotta in Italia dalla democrazia cristiana contro i princìpi di libertà e di eguaglianza scritti nella Costituzione non è altro che uno degli aspetti della « guerra fredda » che divide il mondo in due opposti campi trincerati. Quando un paese accetta di entrare nell'orbita di prodominio di una grande potenza straniera, di uno « Stato guida » come ora si dice, bisogna che si rassegni a seguire la politica suggeritagli dalla potenza protettrice, la quale (giustamente, secondo il suo proprio interesse) condiziona la sua protezione alla buona condotta del protetto.

Se non fosse così non si riuscirebbe a capire perchè la democrazia cristiana, che fino al 1948 di buon grado collaborò col partito comunista alla ricostruzione democratica dello Stato italiano devastato dal fascismo, e che fino all'approvazione della Costituzione vide nel fascismo il nemico comune del quale si doveva impedire ad ogni costo la rinascita (disp. trans. XII), abbia cominciato ad accorgersi soltanto nel 1949 e sempre più negli anni successivi che il partito comunista era diventato il nemico numero uno, per combattere il quale si poteva perfino prendere in seria considerazione la possibilità di riabilitare il fascismo e di allearsi con esso. In verità, chi esamini serenamente quale è stata *in Italia* l'attività del partito comunista dal 1943 ad oggi, difficilmente riuscirà a trovare nella sua condotta elementi sufficienti per accusarlo di avere ecceduto, *in Italia*, i limiti del « metodo democratico », al quale l'art. 49 della Costituzione condiziona la legalità dei partiti. Se in certi urti parlamentari o in certe agitazioni sindacali i suoi rappresentanti hanno potuto incorrere in intemperanze, sarebbe ingiusto sostenere che dallo stesso addebito si siano salvati in questi anni i rappresentanti degli altri partiti: scioperi e ostruzionismi sono strumenti di lotta politica e sindacale ammessi in tutti i paesi liberi, e in tutti i parlamenti del mondo accade ogni tanto che in momenti di più

(1) Cfr. la mia dichiarazione di voto del 18 marzo 1949, riprodotta sul « Ponte » dell'aprile 1949, sotto il titolo *Ragioni di un no*.

accesa tensione politica la discussione degeneri in violenze, che si placano con qualche sanzione a carico dei più scalmanati. Nè si potrebbe dire sul serio che in questi anni in Italia i partiti di opposizione, e specialmente i comunisti, abbiano sistematicamente « sabotato » il metodo democratico e lo spirito della Costituzione (1).

Se il governo democristiano per combattere il comunismo con metodo democratico avesse seguito l'unica via sensata e fruttuosa, quella di affrontare coraggiosamente i grandi problemi di riforma sociale proposti dalla Costituzione, a cominciare da quello urgentissimo della disoccupazione, e avesse insieme garantito imparzialmente e lealmente a tutti i cittadini il rispetto delle libertà democratiche senza discriminazioni di partito o di fede religiosa, *avrebbe tolto agli estremisti i motivi fondamentali della loro propaganda*: che, proprio in contrapposizione alla politica del governo, sono stati in questi anni motivi essenzialmente ispirati a ortodossia democratica e costituzionale. La politica del governo, incerta e miope nel campo economico e sociale, reazionaria e non imparziale nel campo delle libertà democratiche, ha fatto senza accorgersene il giuoco dei partiti di estrema sinistra; i quali, contrapponendosi ad essa, sono apparsi alle masse, assetate di lavoro e di riforme sociali, come i veri difensori della libertà e come i soli interpreti delle legittime aspirazioni dei poveri contro gli interessi coalizzati dei grandi agrari e della grande industria.

La insensata politica del governo democristiano, incapace di spezzare il ricatto delle forze di destra e ossequente ai consigli esterni di chi, ignorando da quale profonda e diffusa crisi sociale tragga in Italia le sue forze il comunismo, crede che anche in Italia il comunismo si possa combattere con provvedimenti di discriminazione e di spionaggio, ha portato oggi a questa situazione paradossale: che i veri difensori della legalità democratica appaiono oggi in Italia i comunisti, e che chi, senza essere comunista, ha il coraggio di reclamare il rispetto e la attuazione della Costituzione, è senz'altro bollato dai benpensanti (e forse schedato dalla polizia) come sospetto di sovversivismo!

A questo proposito può essere utile ricordare quella che è oggi, in Italia, la posizione *costituzionale,* cioè *giuridica,* del partito comunista: per far intendere come quelle misure di discriminazione e di persecuzione contro il partito comunista, che possono essere state legalmente attuate in altri paesi dove siano in vigore norme cosituzionali diverse dalle nostre e dove i comunisti siano soltanto uno sparuto

---

(1) Cfr. in questo stesso volume il saggio di Emilio Lussu [nel vol. *Dieci anni dopo,* v. *supra,* nota *].

drappello ai margini della democrazia, non si possono prendere a modello in Italia, dove il partito comunista è stato, col beneplacito della democrazia cristiana, uno degli artefici della ricostruzione democratica del nostro paese, e dove la Costituzione (per ripetere le parole già citate di un autorevole democristiano) non solo accetta, ma presuppone il partito comunista come uno dei tre pilastri, su cui si appoggia l'edificio costituzionale costruito dall'Assemblea Costituente sulle rovine del fascismo.

Si fa presto a scrivere sui giornali, per fare impressione sui lettori ignari delle più elementari nozioni giuridiche, che le discriminazioni contro il partito comunista sono perfettamente conformi alla nostra Costituzione, la quale, essendo una costituzione democratica fondata sul principio della pluralità dei partiti, giustificherebbe, come si dice, la « messa fuori legge » di un partito, come il comunista, che si propone di abolire quel principio, e di trasformare la democrazia in un regime totalitario a partito unico. La verità è, al contrario, che la nostra Costituzione, *fino a che resta così,* non si presta a giustificare una messa al bando dalla vita politica del partito comunista (anche se questa fosse, in Italia, un'operazione *politicamente* possibile e consigliabile!): non solo perchè, come si è detto, il partito comunista italiano, che ha partecipato in misura più elevata di ogni altro alla lotta di Liberazione, è storicamente una delle forze fondatrici del presente ordine costituzionale; ma anche perchè le norme sui partiti contenute nella Costituzione non ammettono che l'attività democratica di un partito possa essere sindacata o limitata sotto il profilo delle sue *finalità ideologiche,* cioè del programma politico che esso si propone di far trionfare col rispetto del « metodo democratico ». Su questo punto i costituzionalisti più autorevoli e politicamente insospettabili, sono unanimi: secondo la Costituzione italiana il solo sindacato di legalità che può essere esercitato sui partiti (pur non essendo stato ancora stabilito nè il modo nè l'organo per esercitarlo) è quello che riguarda la fedeltà *esterna* al « metodo democratico », cioè il rispetto al *fair play* elettorale e parlamentare nella lotta cogli altri partiti. Ma all'infuori di questo sindacato sulla democraticità *esterna,* nessuna restrizione potrebbe legalmente essere imposta ai partiti a causa dei loro fini programmatici: purchè non si propongano fini « vietati ai singoli dalla legge penale » (art. 18 primo comma della Cost.) o non mirino alla riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista (disp. trans. XII: l. 20 giugno 1952, n. 645), tutti i partiti, qualunque ne sia la finalità politica, possono « concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale ».

Questo principio trova la sua paradigmatica dimostrazione nella sopravvivenza legale del partito monarchico, al quale è stato ricono-

sciuto il diritto di partecipare alla vita democratica della Repubblica nonostante che esso dichiaratamente si proponga di abolire la forma repubblicana e di restaurare la monarchia, cioè di sovvertire uno di quei princìpi supremi della Costituzione, che non si possono modificare *senza distruggerla.*

E' vero che la Costituzione italiana, nonostante che sia una costituzione « rigida », non è immutabile: in quanto le sue norme, pur non potendo essere modificate o abrogate con leggi ordinarie, possono però essere sottoposte a revisione attraverso il procedimento più rigoroso e solenne previsto dall'art. 138 Cost., mediante il quale gli organi legislativi esercitano, col rispetto di quelle forme, un vero e proprio potere costituente. Ma la dottrina insegna che non tutte le norme della Costituzione sono revisibili: si hanno in ogni costituzione alcuni princìpi fondamentali, quasi si direbbe i *connotati di identificazione* di quell'ordinamento giuridico, che sono, come si esprime il Mortati (1) il « nucleo immodificabile che forma come il segno di riconoscimento nel tempo di un particolare tipo storico di Stato »: se si vuol modificare uno di questi fondamentali princìpi di *identificazione* dell'ordinamento giuridico, questa non è più una semplice revisione costituzionale che salvi la identità e la continuità della costituzione, ma diventa la fine di essa e la instaurazione *ex novo,* di fatto e non di diritto, di un nuovo regime: si potrebbe dire che come nell'organismo umano certi organi vitali non si possono amputare senza che la persona cessi di vivere, così in ogni costituzione certe norme di identificazione non si possono modificare senza che la costituzione perda la sua identità e la sua vitalità: modificare una di queste norme non vuol dire fare una revisione nell'interno della costituzione, ma fare una rivoluzione per distruggerla dal di fuori.

La nostra Costituzione menziona espressamente, nell'art. 139 soltanto uno di questi princìpi immodificabili di identificazione: « la forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale »; ma è giusto ammettere che di siffatti princìpi *che non si potrebbero modificare senza mandare in bricioli la Costituzione democratica,* altri ve ne siano, ugualmente essenziali, come potrebb'essere quello della uguaglianza di tutti i cittadini difronte alla legge (art. 3) o quello della libertà e pluralità dei partiti (art. 49), princìpi entrambi essenziali che non si potrebbero sopprimere senza che venisse meno quel tipo di de-

---

(1) *Istituzioni,* pp. 96 e 515.

mocrazia parlamentare che caratterizza la nostra Costituzione (1). Ora, ove pur fosse provato che il partito comunista mirasse a instaurare *anche in Italia* un ordinamento costituzionale a partito unico, e quindi ad abolire il principio della pluralità dei partiti che costituisce uno dei cardini immodificabili della nostra Costituzione, è certo che il partito comunista non si troverebbe, sotto il profilo giuridico, in una posizione diversa da quella in cui si trova, nella Repubblica italiana, il partito monarchico: il quale dichiaratamente si propone di abolire l'art. 139 e di arrivare per questa via a modificare la forma repubblicana che la Costituzione stessa ha dichiarato immodificabile, cioè a rivedere una di quelle norme di identificazione costituzionale, che non si possono sottoporre a revisione senza con questo compiere una rivoluzione (2). Con questa differenza: che mentre il partito monarchico dichiaratamente proclama che esso, se riuscisse a conquistare il potere per le vie legali, si varrebbe di esso per infrangere la Costituzione repubblicana e restaurare la monarchia, e si presenta quindi come un partito con finalità dichiaratamente rivoluzionaria (3), il proposito del partito comunista di impadronirsi del potere per abolire la democrazia e istituire *anche in Italia* un regime totalitario a partito unico, è *in Italia* soltanto una supposizione polemica, fondata su un processo alle intenzioni che nessuna legge autorizza.

Questo dimostra che ogni tentativo di mettere « fuori legge » il partito comunista, solo perchè le sue finalità sono in contrasto col principio della pluralità dei partiti, che è uno dei princìpi immodificabili della nostra democrazia, sarebbe oggi contrario alla Costituzione; come sarebbe contrario il tentativo analogo che si volesse fare contro il partito monarchico solo perchè le sue finalità sono in contrasto coll'altro principio immodificabile della forma repubblicana. La nostra Costituzione ammette un sindacato di legalità sul *metodo* con cui i partiti conducono la lotta politica nei confronti degli altri partiti, non sulle *finalità programmatiche* di ciascuno di essi: per poter arrivare *costituzionalmente* a vietare *con legge* il partito comunista, come si è fatto colla legge 20 giugno 1952 che vieta la ricostituzione del partito

(1) Sulle norme costituzionali immodificabili, v. P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica* (Firenze, 1951), n. 31.

(2) Cfr. MORTATI, *Ist.*, p. 516.

(3) Nella seduta di chiusura del congresso nazionale del partito nazionale monarchico, tenuto a Milano nel dicembre del 1954, l'on. Delcroix (in « Corriere della sera », 15 dicembre 1954), pronunciò queste parole: « Sia definitivamente stabilito che le tattiche politiche e parlamentari che possono indurre a valutazioni momentanee, a decisioni contingenti, in nessun modo possono significare una sia pur minima deroga a quella che è la nostra ragione d'essere: *la restaurazione della monarchia come condizione necessaria alla ripresa di una politica nazionale* ».

fascista, bisognerebbe prima modificare, in forma di revisione costituzionale, l'art. 49, introducendovi un'aggiunta che affermasse la illiceità non solo dei partiti che nella loro attività non rispettino il « metodo democratico », ma anche di quelli le cui ideologie programmatiche siano in contrasto con qualcuno dei princìpi immodificabili della Costituzione (in questo senso dispone l'art. 21 della Costituzione della Repubblica di Bonn).

Ma finchè l'art. 49 della Costituzione non sia così modificato, ogni legge che volesse introdurre contro il partito comunista discriminazioni fondate sul carattere totalitario della sua ideologia *sarebbe costituzionalmente illegittima* e sarebbe dichiarata inefficace dalla Corte costituzionale (se ci fosse!).

Bastano queste osservazioni a far comprendere quale giudizio si debba dare di quei provvedimenti di discriminazione politica, coi quali il governo, secondo il comunicato ministeriale del 4 dicembre 1954, si è proposto di condurre, « senza ricorrere a leggi eccezionali », ossia sul piano amministrativo e non sul piano legislativo, la lotta politica contro il partito comunista e contro i partiti ad esso apertamente o nascostamente alleati: con tale programma di politica discriminatoria non solo pare che la pubblica amministrazione abbia rinunciato al suo dovere costituzionale di « imparzialità » (art. 97), per diventare apertamente uno strumento di lotta elettorale a favore del partito che è al governo e contro i partiti di opposizione; ma, controsenso anche più grave, sembra che il governo abbia creduto *di poter fare legittimamente in via amministrativa ciò che neanche il parlamento potrebbe fare costituzionalmente in via legislativa ordinaria!*

In una riunione che si svolse a Roma il 19 dicembre 1954, Leopoldo Piccardi, riferendo sull'aspetto giuridico dei provvedimenti discriminatorii preannunciati dal comunicato ministeriale del 4 dicembre, osservava che il governo, per combattere quel pericolo di sovvertimento delle istituzioni democratiche che deriva dai movimenti totalitari, e in particolare dal partito comunista, riteneva che non ci fosse bisogno di ricorrere a leggi eccezionali, ma che bastasse « percorrere due vie: da un lato imporre la rigorosa osservanza della legge, nei confronti del partito comunista, dei suoi aderenti e dei suoi amici; dall'altro lato, esercitare quei poteri discrezionali che la nostra legge concede alla pubblica amministrazione in modo che non ne derivi alcun vantaggio, e possibilmente ne derivino svantaggi, a quei movimenti e a quelle categorie di persone che il governo si propone di osteggiare ». E, dopo aver preso in esame le varie figure dei provvedimenti preannunciati, concludeva rilevando che questa politica discriminatoria si fonda su due gravi errori giuridici: « quello di ritenere che la legge possa essere applicata con diverso rigore e in diversa misura a seconda

del partito al quale i cittadini appartengono o dell'ideologia da essi professata; e quello che la pubblica amministrazione possa fare l'uso che crede dei poteri discrezionali, servendosene eventualmente anche per creare, tra diverse categorie di cittadini, quella disparità di situazione che non è consentita dalla nostra Carta costituzionale. Un programma di azione governativa dominata da simili errori assume anzi l'aspetto paradossale di una vera e propria pianificazione dell'eccesso di potere. Questo paese, che appare così restio ad accettare l'idea di una pianificazione economica, fa dunque l'esperienza di una pianificazione dell'illegalità! » (1).

f) In realtà, chi cerchi di giudicare con un certo distacco la politica di anticomunismo a oltranza condotta dal governo italiano in questi anni, non fa molta fatica ad avvedersi che alla violenza verbale ostentata per dare soddisfazione ai suggerimenti esterni, non corrisponde, in chi conduce questa lotta, una altrettanto violenta convinzione della esistenza in Italia di una minaccia di totalitarismo di sinistra da fronteggiare con mezzi estremi. Non c'è insomma nei governanti italiani di oggi lo stato d'animo di chi, pur volendo essere ossequiente fino a che è possibile alla Costituzione, si trova costretto, quando la vede in pericolo, a difenderla con mezzi eccezionali, non tratti dalla stessa Costituzione, ma giustificati dalla necessità di salvarla: il governo continua a ripetere che per combattere il partito comunista in Italia non c'è bisogno di ricorrere a leggi eccezionali; e agita il pericolo comunista soprattutto per trovare una giustificazione al suo immobilismo.

Tutti sanno oggi in Italia (a cominciare dallo stesso partito comunista) che la situazione geografica, militare e internazionale dell'Italia è tale che ogni raffronto colla situazione politica di quei paesi in cui il partito comunista, in zona di influenza russa, ha potuto instaurare regimi di dittatura, è insensato. Ma la realtà è che, come avvenne nel 1921, quando il pericolo « bolscevico » fu il pretesto sfruttato dalle forze conservatrici per instaurare la dittatura fascista, allo scopo di chiudere il varco a quel rinnovamento sociale verso il quale era indirizzata la strada legalitaria delle libertà democratiche, così oggi il pericolo del totalitarismo comunista, che tutte le persone sensate sanno inattuabile in Italia per evidenti ragioni internazionali, è sventolato allo scopo di chiudere ancora una volta le vie aperte dalla Costituzione verso una più equa repartizione della ricchezza. Non è vero che la mancata at-

---

(1) La relazione Piccardi è stata pubblicata per intero sul periodico « Lettera agli amici di Unità popolare », Roma, 1-8 gennaio 1955, nn. 35-36.

tuazione della Costituzione sia il mezzo estremo per impedire il trionfo del totalitarismo di sinistra: vero è viceversa che il pericolo totalitario è un pretesto di propaganda per impedire l'attuazione della Costituzione.

L'ala destra della democrazia cristiana, quella che si appoggia alle forze dei baroni terrieri e dei grandi industriali e che pur di difendere i privilegi della ricchezza è pronta a risuscitare il fascismo, sa che il vero pericolo per i privilegiati non è nel remoto pericolo comunista, ma è nella presenza di una Costituzione democratica, che, se fosse lealmente attuata, porterebbe in breve, in forma pacifica, alla graduale riduzione dei loro privilegi.

La vera causa della mancata attuazione della Costituzione è questa: il timore di quell'art. 3 che si propone di eliminare le sperequazioni sociali e di sostituire la dignità del lavoro al privilegio della ricchezza. Quello che conta, per chi ragiona così, è di rimanere al governo, e di impedire che si formi una maggioranza democratica disposta ad attuare quell'articolo: e per impedirlo, tutti i mezzi sono buoni. Per salvare la democrazia dai pericoli di domani, questa brava gente si dà cura di distruggerla oggi. Così, accreditando la supposizione che le opposizioni, se diventassero maggioranza, si servirebbero del potere per abolire la Costituzione, il partito che è oggi maggioranza si affretta ad abolirla per conto suo, dicendo che fa questo per evitare che quella supposizione diventi realtà, e intanto traducendola in realtà a proprio vantaggio: come se un giuocatore, figurando di supporre che l'altro possa barare, cominciasse a barare prima di lui per impedirglielo: e pretendesse, in questo modo, di poter essere ancora considerato come un giuocatore onesto!

II. - Dopo aver toccato le cause più evidenti della involuzione costituzionale alla quale abbiamo assistito in questi anni, possiamo, riepilogando il nostro discorso, fare il bilancio degli *effetti* prodotti da tali cause.

E' ormai accettata dalla dottrina la distinzione tra costituzione « formale » e costituzione « materiale »: cioè tra le norme giuridiche scritte sulla carta costituzionale, e le forze politiche, efficienti ed operanti di fatto verso determinati fini, su cui ogni ordinamento positivo si regge (1). Non sempre tra questi due aspetti della costituzione vi è coincidenza. Già il Lassalle osservò che per rendere vitale ed efficiente una costituzione non basta che le sue norme siano consacrate sulla carta, ma occorre che queste norme siano durevolmente appoggiate a

---

(1) MORTATI, *Ist.*, p. 95.

forze politiche decise a farle osservare e capaci di garantirne la osservanza; se queste forze politiche mancano o restano inattive, anche le norme costituzionali rimangono inerti, come membra che si atrofizzano per anemia. Quando accade che nel sistema giuridico di una costituzione formale la volontà politica cessi di affluire verso la osservanza di certe norme, come può avvenire in un corpo malato che il sangue non arrivi più in certe zone del sistema circolatorio, la costituzione in realtà cambia figura, e la sua vera fisionomia non si trova più in quella descrizione puramente letteraria che ne fanno le norme, ma bisogna ricercarla nella realtà, spesso dissimulata, delle forze politiche effettivamente operanti, al disopra delle quali la costituzione scritta rimane, nelle parti inattuate, come uno schermo di cartone. Questo avvenne in maniera tipica durante il fascismo, dove l'ordinamento scritto nelle leggi, con terminologia corrispondente alla più ortodossa tecnica giuridica, non era che una facciata illusoria, dietro la quale unica realtà politica era l'arbitrio.

Ora, chi cerchi qual è nel momento in cui scriviamo, la costituzione *materiale* vigente oggi in Italia, deve durare non poca fatica per poterne cogliere e riordinare ad unità le disperse membra. E' facile accorgersi (e questo saggio ne ha dato la dimostrazione) che la Costituzione materiale che oggi ci regge non corrisponde a quella scritta sulla carta che l'Assemblea Costituente approvò; ma se è agevole dire quello che *non è*, non è altrettanto agevole dire *quello che è*, perchè i caratteri materiali dell'ordinamento oggi di fatto vigente in Italia sono eterogenei, provenienti da periodi e da regimi diversi, accozzati in ibrido connubio e spesso in contraddizione tra loro, valutati o svalutati secondo esigenze mutevoli di politica contingente, e non ancora consolidati in un sistema che abbia almeno il pregio della coerenza e della compattezza.

La Costituzione italiana, come si è visto, è nata incompleta: l'Assemblea Costituente l'ha lasciata così, fidando nella lealtà costituzionale del legislatore ordinario. Fin da principio, dunque, la costituzione materiale è stata diversa dalla costituzione formale: questo è stato un vizio d'origine del nostro ordinamento costituzionale. Ma, se tutto si fosse svolto secondo le ingenue previsioni della Costituente, lo sviluppo fisiologico della Costituzione avrebbe dovuto consistere in un continuato graduale avvicinamento della costituzione materiale alla costituzione formale fino a coincidere con essa. L'ordinamento scritto sulla carta avrebbe dovuto servire, in quelle parti in cui non era ancora attuato, da modello: come il costruttore che nel tirar su le pareti tiene continuamente dinanzi a sè la pianta disegnata dall'architetto, il legislatore ordinario avrebbe dovuto continuare a lavorare tenendo fisso lo sguardo al piano costituzionale prestabilito dalla Costituente. In fondo,

se il lavoro avesse proceduto lentamente, non ci sarebbe stato da lamentarsene; l'essenziale era che nel lavorare si tenesse fede a quel disegno.

Il male è che in questi primi anni non solo le linee del disegno originale non sono state rispettate, ma il lavoro che è stato compiuto è consistito in gran parte nel disfare il già fatto, e nell'introdurre nel già fatto modificazioni d'altro stile (1). Sicchè non è facile dare in una formula breve la definizione del tipo costituzionale oggi vigente in Italia: che è una specie di ircocervo, malamente riducibile nella precisa casella di una definizione.

a) Ci sarebbe prima di tutto da domandarsi se, nella costituzione *materiale*, l'Italia sia veramente una repubblica; anzi addirittura se sia veramente ancora uno Stato indipendente e sovrano.

La sovranità nazionale, della quale l'Italia, per l'art. 11 della Costituzione, potrebbe di diritto, in via di revisione costituzionale, consentire limitazioni « in condizioni di parità (cioè di reciprocità) con gli altri Stati », per concorrere a dar vita ad uno Stato federale supernazionale (a questo mirano quei federalisti europei che concepiscono gli Stati Uniti d'Europa come una federazione indipendente e neutrale), può essere limitata *di fatto*, non soltanto perchè nelle relazioni tra Stati o tra continenti si fanno sentire di fatto preminenze di ordine economico e militare, per le quali gli Stati protetti, economicamente più deboli, debbono rassegnarsi ad essere meno indipendenti di quelli protettori economicamente più forti; ma anche perchè i canali di penetrazione attraverso i quali le imposizioni esterne riescono ad infiltrarsi nell'interno di un ordinamento costituzionale, apparentemente sovrano, possono essere molto più complicati e più difficilmente classificabili di quelli previsti dagli schemi dei giuristi (2).

Ma lo stesso ragionamento può valere anche per la forma repubblicana: la quale si potrebbe pensare che in Italia, da quando è al governo un partito confessionale, strettamente legato alla Chiesa cattolica (che nella sua istituzione centrale, la Santa Sede, culmina in un sovrano assoluto, nel quale si concentra la suprema potestà legislativa, amministrativa, giudiziaria, cioè il cosiddetto *primato pontificio*) sia diventata lo schermo di una forma di Stato alquanto ibrida, a mezza strada tra la monarchia e la repubblica, che si potrebbe deno-

---

(1) Cfr. CALAMANDREI, *Incoscienza costituzionale*, sul « Ponte » del 1952, p. 1177 [e in questo vol. delle *Opere*, *supra*].

(2) Cfr. LÉVY-BRUHL, *Les partis internationaux et l'indépendance des États* (nella riv. « Le Rép. française » del febbraio 1949); CALAMANDREI, *Repubblica pontificia*, sul « Ponte » del giugno 1950.

minare « repubblica pontificia », con una situazione molto simile a quella creata in Roma nel marzo 1848 dallo statuto concesso da Pio IX, nel quale era detto (art. 25) che la professione della religione cattolica era « condizione necessaria pel godimento dei diritti politici dello Stato ».

Il che oggi è molto meno lontano dalla realtà di quanto apparentemente possa sembrare: i provvedimenti discriminatorii annunciati il 4 dicembre 1954 non sono rivolti infatti contro i monarchici, cioè contro gli appartenenti ad un partito che apertamente si propone di abolire la Repubblica, ma contro i partiti di estrema sinistra, la cui fedeltà repubblicana non è dubbia: e se si potesse fare un'inchiesta sulle opinioni politiche di certi alti funzionari che tengono oggi le leve di comando della burocrazia centrale o della diplomazia, non sarebbe difficile accorgersi che oggi, nella Repubblica italiana, il professarsi monarchici è un titolo non per esser discriminati, ma per far carriera. Forse la spiegazione di questo, che a prima vista può parere un paradosso politico, si può trovare in una recente sentenza della Corte d'Appello di Cagliari: la quale ha ritenuto che non commetta reato il sacerdote che, dal pulpito o attraverso la confessione, faccia propaganda elettorale contro i partiti marxisti, perchè in questo modo « la battaglia politica si traduce in termini di crociata religiosa », mentre *lo commette* il sacerdote che nelle stesse condizioni faccia propaganda *contro il partito monarchico,* « le cui ideologie non sono contrarie al diritto divino positivo e naturale e non tendono a combattere la Chiesa e a negarle i diritti riconosciuti dai Patti Lateranensi » (1).

Singolare tipo di repubblica, quella in cui sono possibili sentenze come questa! E' difficile però trovare una precisa formula che serva a definire questa realtà costituzionale: uno spirito arguto la definì « repubblica monarchica dei preti »: ma questa non è una formula giuridica.

Certo è in ogni modo che, se pure in Italia è in vigore quella forma di governo che si chiama repubblica, questa non è per ora nè democratica (in quel senso non solo sociale ma politico che già si è rilevato), nè fondata sul lavoro. Se si guarda alla lettera dell'art. 1 che definisce l'Italia come una « Repubblica democratica fondata sul lavoro », bisogna dire che in questa definizione la coincidenza tra costituzione materiale e costituzione formale è dubbia *per il sostantivo,* ma è certamente esclusa *per i due attributi.*

b) L'Italia è certamente, nella costituzione materiale come in

---

(1) Sentenza 19 febbraio 1954, riportata sul « Ponte », 1954, p. 1518.

quella formale, una democrazia parlamentare. Ma in realtà il parlamento è venuto assumendo in questi anni in Italia una figura e una importanza diversa (e forse minore) da quella che l'Assemblea Costituente aveva voluto. Il parlamento avrebbe dovuto essere, come rappresentante diretto della sovranità del popolo, l'organo di gran lunga preminente dell'ordinamento costituzionale italiano, il depositario esclusivo del potere legislativo e il regolatore supremo della vita politica del paese. Viceversa il potere legislativo è nelle mani del governo, che è di fatto il solo arbitro dell'iniziativa delle leggi; ed anche l'azione politica del governo, prima che dal parlamento, è indirizzata e controllata da forze non previste dalla Costituzione come istituti costituzionali, cioè dai grandi partiti e dalle associazioni sindacali di lavoratori e di datori di lavoro. Data la disciplina di partito, per la quale i deputati e i senatori intervengono nelle sedute parlamentari non per esprimere un pensiero individuale o per formarsi una opinione attraverso la discussione, ma unicamente per votare secondo le istruzioni imperative segnate dalla direzione del proprio partito, le deliberazioni del parlamento non sono che la riproduzione, già scontata in anticipo, di deliberazioni già prese dalle direzioni dei partiti, che sono gli organi occulti, ma onnipotenti, da cui può dipendere la vita e la morte di un ministero. La sorte delle leggi non dipende più dalle votazioni che avvengono nell'aula, ma dalle contrattazioni che avvengono fuori dall'aula tra le direzioni dei partiti: una legge viene portata alla discussione del parlamento, solo quando è già stata approvata dalle direzioni dei partiti che formano la maggioranza. Il governo, piuttosto che emanazione del parlamento, è emanazione dei partiti: se un partito ha la maggioranza in parlamento, è la direzione del partito che stabilisce come questa maggioranza deve votare, e che in questo modo ha in mano le sorti del governo; il quale, per non essere rovesciato, deve necessariamente fare una politica di partito, non una politica superiore ai partiti.

Nè questa realtà è attenuata dalla presenza dell'opposizione, la quale nel regime di discriminazione per cui ogni oppositore è un nemico, ha perduto la sua preziosa funzione moderatrice di collaborazione critica all'attività parlamentare: ogni fruttuoso dialogo tra maggioranza e opposizione è ormai reso impossibile dalla « guerra fredda », che considera ogni tentativo di opposizione come un'azione di disturbo o addirittura come un tradimento (1).

---

(1) Questa situazione di rottura tra maggioranza e opposizione si delineò subito fino dai primi mesi della prima legislatura: cfr. il mio articolo *Maggioranza e opposizione* sul « Ponte », 1948, p. 633.

A questo stato di perenne rottura, che rende impossibile ogni collaborazione costruttiva tra maggioranza e opposizione, si aggiunge a paralizzare ancor più quella che dovrebbe essere la normale dinamica del sistema parlamentare, la mancanza (vera o supposta) di una « alternativa democratica », che possa aprir la via ad una nuova maggioranza diversa da quella imperniata sul partito oggi al potere. La valvola di sicurezza del sistema parlamentare è costituita, come è noto, dall'alternarsi dei partiti al governo: l'opposizione, purchè rispetti il metodo democratico, deve aver sempre la possibilità di diventar maggioranza, e, purchè il corpo elettorale lo voglia, il diritto di assumere legittimamente il potere. Ma in Italia questa possibilità di circolazione democratica non c'è: non c'è a destra, perchè un governo di estrema destra vorrebbe dire ritorno alla monarchia e al fascismo, cioè fine della democrazia; non c'è a sinistra, perchè (se si ha da credere all'opinione apertamente manifestata da autorevoli osservatori stranieri), anche se gli elettori dessero la maggioranza ai partiti di estrema sinistra, il partito oggi al potere sarebbe spinto da fattori internazionali ad opporsi colla violenza alla loro ascesa al governo; e la vittoria elettorale di quei partiti di estrema sinistra sboccherebbe fatalmente nel colpo di stato e nella guerra civile (1).

Così abbiamo in Italia un sistema parlamentare mutilato e statico, turbato dal fatto paradossale che il partito di maggioranza nega al più forte partito d'opposizione il diritto di diventare maggioranza a sua volta: così, invece di servire al ricambio dei partiti al potere, il parlamento serve in realtà a mascherare la immobile permanenza al potere di un partito che si crede insostituibile, il quale, per ragioni confessionali e per ragioni internazionali, si rifiuta perfino di prendere in considerazione la possibilità, che è normale in tutte le democrazie parlamentari, di cedere il governo a un altro partito.

c) La conseguenza di tale situazione è questa: che, contrariamente alle previsioni della Costituente, l'organo preminente di tutto l'ordinamento costituzionale italiano è venuto ad essere, in luogo del parlamento, il governo: attraverso il quale tutta la vita politica italiana è dominata dal partito di cui il governo è l'esponente (2).

Questo accentramento di fatto di tutti i poteri legislativi e politici in un *governo che si ritiene insostituibile*, supremo regolatore, per delegazione del partito, del ritmo parlamentare e della vita legislativa e

---

(1) Questa opinione è stata espressa nell'ottobre 1954 dall'autorevole giornalista americano Walter Lippmann in un articolo pubblicato sul « New York Herald Tribune »: cfr. sul « Ponte », 1954, p. 1697.

(2) BALLADORE PALLIERI, *scritto cit.*, pp. 24-5.

amministrativa del paese, è stato accresciuto dalla mancata attuazione del decentramento regionale, in forza del quale una parte della funzione legislativa e della funzione esecutiva, che ora fa capo al governo centrale, avrebbe dovuto essere trasferita negli organi della Regione.

Ma soprattutto questo accentramento è stato favorito dall'aver lasciato in vigore, mandando a vuoto tutti i tentativi di riformarla (1), la legge fascista di Pubblica Sicurezza e con essa tutto l'apparato fascista delle prefetture e delle questure. La invariata sopravvivenza dei prefetti e degli organi di polizia, dotati di quei poteri discrezionali praticamente illimitati che erano ad essi concessi dalle leggi fasciste e che essi continuano oggi a esercitare colla stessa intensità, è qualcosa di più che una sconcordanza marginale tra questi istituti e la Costituzione democratica: è addirittura una soppressione per incompatibilità della apparente Costituzione democratica, alla quale si è di fatto sostituita una costituzione materiale di diverso tipo, *non più democratica ma autoritaria*. La legge di P. S. rimasta in vigore basta da sé sola come un neoplasma a prendere il posto di tutta la Costituzione, a formare da sé una costituzione diversa da quella che appare al di fuori: Achille Battaglia, nel saggio pubblicato in questo stesso volume, ha dimostrato analiticamente che non vi è articolo della parte ordinativa della Costituzione scritta che non si trovi in contrasto con qualche disposizione della legge di P. S. Non si tratta dunque di qualche isolata antinomia: la legge di P. S. contrappone alla figura dello Stato democratico, descritto nella Costituzione, un diverso tipo di Stato, lo Stato di polizia, che non è compatibile con quello.

Chi voglia rendersi conto della realtà sostanziale che subito si scopre appena si sollevi la scorza apparente della Costituzione democratica, scorge un *governo di partito* che considera come nemici, fuori della Costituzione e quasi si direbbe fuori del consorzio umano, tutti gli oppositori, e che dei suoi poteri di governo si vale, più che per governare nell'interesse comune, per estendere il predominio del partito di cui è esponente e per indebolire i partiti di opposizione. Questo governo di partito, che ha accettato di fatto nelle sue mani tutto il potere politico, lo esercita attraverso un apparato di polizia appositamente attrezzato sotto il regime fascista per mantenere e rafforzare il predominio di un partito totalitario. Così la difesa dell'ordine pubblico

---

(1) Il disegno di legge per « *modifiche alle disposizioni del t. u. delle leggi di P. S.* » presentato durante la prima legislatura dal ministro Scelba (Sen. n. 163, Camera n. 251) si arenò nelle commissioni: nè miglior sorte hanno avuto per ora proposte di iniziativa parlamentare presentate nella seconda legislatura (sen. Picchiotti, n. 35; sen. Terracini, n. 400).

diventa la difesa degli interessi del partito dominante: prefetti e questori diventano inconsapevolmente strumenti del partito che è al governo, secondo la tradizione del precedente regime. Nonostante l'apparente cambiamento della forma, la burocrazia creata dal fascismo rimane in gran parte insediata ai posti di comando negli uffici ministeriali e nella diplomazia. Si verifica a puntino ciò che Luigi Einaudi aveva previsto nel 1944 (1): « Finché esisterà in Italia il prefetto la deliberazione e l'attuazione non spetteranno al consiglio municipale e al sindaco, al consiglio provinciale o al presidente; ma sempre e soltanto al governo centrale, a Roma: o, per parlare più concretamente, al ministro dell'Interno. Costui è il vero padrone della vita amministrativa e politica dell'intero Stato. Attraverso i suoi organi distaccati, le prefetture, il governo centrale approva o non approva i bilanci comunali e provinciali, ordina l'iscrizione di spese di cui i cittadini farebbero a meno, cancella altre spese, ritarda l'approvazione ed intralcia il funzionamento dei corpi locali... ».

d) Questo non è un governo democratico: *è un governo di polizia* « L'arbitrio poliziesco — continuava nel 1944 Einaudi — erasi affievolito all'inizio del secolo; ma lo strumento era pronto... E quello strumento, pur guasto, è pronto, se non lo faremo diventare mero organo della giustizia per la prevenzione dei reati e la scoperta dei loro autori, a servire nuovi tiranni e nuovi comitati di salute pubblica ».

Parole che sembrano divinatorie. Per potersi veramente dire democratico il governo concepito dalla Costituzione avrebbe dovuto svolgere la sua attività nei limiti della più rigorosa legalità; doveva essere un governo *di diritto,* i cui poteri discrezionali fossero ridotti al minimo e in ogni caso vigilati dal controllo di legittimità: i diritti individuali civili e politici, proclamati « inviolabili » dalla Costituzione dovevano in ogni caso essere posti al sicuro dall'arbitrio della polizia. La grande differenza tra il regime democratico e il regime fascista doveva essere, ancor prima che fosse intrapresa la lunga opera del rinnovamento della società, la immediata entrata in funzione delle garanzie *della libertà.*

Non si può dire che neppur queste garanzie siano state attuate. Il governo *di diritto,* quale doveva essere secondo la Costituzione, si è trovato ad avere in mano gli strumenti costruiti su misura per un governo negatore della libertà: non c'è da meravigliarsi se si è abituato a servirsene. Prefetture e questure sono rimaste, o son tornate ad essere quali erano ai tempi del fascismo; immutate nei metodi e nello spirito, spesso anche nelle persone. L'idea dell'uguaglianza di tutti i

(1) *Scritto* cit., p. 54.

cittadini dinanzi alla legge, qualunque sia la loro fede politica o religiosa, che avrebbe dovuto essere per eccellenza l'idea democratica contrapposta alle avvilenti discriminazioni politiche e religiose su cui si era fondato il fascismo, non poteva far presa nel vecchio apparato poliziesco rimasto intatto al servizio del nuovo governo. Gradualmente la distinzione tra due categorie di cittadini, quelli *pleni iuris* appartenenti al partito dominante, e quelli a capacità menomata militanti nei partiti « sovversivi », è stata ristabilita: e non si può far colpa agli organi di polizia, che continuano a fare il loro servizio prendendo come testo la legge di P. S. e non la Costituzione, se dopo dieci anni dalla caduta del regime fascista si sono accorti che i « sovversivi » di oggi sono, all'incirca, gli antifascisti di ieri: e che per combatterli si può continuare ad adoprare i vecchi metodi e i vecchi schedari.

« I diritti di libertà, salvo la parentesi fascista, non sembrano oggi meglio garantiti di quanto fossero per l'addietro... Credo, anzi, che si possa con buon fondamento asserire che chi avesse sott'occhio i vecchi testi costituzionali da un lato e la nuova Costituzione dall'altro, e ignorasse l'epoca in cui furono emanati, ed esaminasse l'attuale pratica italiana concluderebbe con tutta certezza, salvo la forma repubblicana, che quelli attualmente in vigore sono i vecchi testi non il nuovo ». Anche qui è il Balladore Pallieri che parla (1). Ma io andrei più in là: perchè, se si deve guardare alla costituzione materiale e non a quella formale, è certo che le libertà civili e politiche nel primo decennio di questo secolo, sotto lo Statuto albertino, erano meglio garantite che in questi ultimi anni sotto la Costituzione repubblicana. Certo era meglio garantita la libertà di culto, la libertà di opinione e la libertà dell'insegnamento.

E si capisce perchè: prima del fascismo un cinquantennio di esperienza liberale era valso a far entrare nella educazione dei cittadini un certo istintivo rispetto della libertà individuale e un certo senso della legalità. Si cominciava a credere (come avviene nei popoli da lungo tempo abituati alla vita democratica) che i diritti di libertà fossero veramente entità inviolabili per forza propria, che neanche le autorità potessero impunemente disconoscere. Ma quando il fascismo venne a dimostrare che per distruggere ogni libertà potevano bastare poche bande di criminali scatenati sotto l'occhio compiacente delle autorità, l'incantesimo della libertà che si difende da sè, il culto della legalità che non si può offendere senza rimanerne colpiti, fu bruscamente e brutalmente rotto. Oggi il fascismo è caduto, le leggi in difesa della libertà sono state ristabilite; ma l'incantesimo della legalità non è stato

(1) *Scritto cit.*, p. 47.

ristabilito nelle coscienze. Per molti anni tutti credevano che l'idolo non si potesse toccare senza esser fulminati; ma dal giorno in cui un sacrilego lo ha abbattuto senza cader subito colpito dalla folgore (che tuttavia lo ha raggiunto dopo venti anni) la folla non ha più fede nella intangibilità di quel simulacro. Questo spiega perchè oggi, nonostante che si viva sotto una Costituzione democratica, la pratica di governo sembri meno legalitaria e meno rispettosa delle libertà individuali di quanto fosse cinquant'anni fa: perchè cinquant'anni fa i pubblici amministratori non avevano ancora imparato i metodi di governo introdotti dal fascismo: perchè i governi di cinquant'anni fa non avrebbero mai osato di servirsi per governare di una legge di Pubblica Sicurezza come quella che il governo attuale ha ereditato intatta dal fascismo, e della quale continua imperturbabilmente a servirsi.

Si aggiunga che mentre la Costituzione scritta non prevede la possibilità giuridica di uno « stato d'assedio » dal quale le libertà fondamentali possano rimanere limitate o sospese, e la dottrina avverte che in ogni caso, se la necessità richiedesse una siffatta sospensione, questa non potrebbe esser deliberata che dal parlamento o dal governo colle rigorose forme del decreto legge (1), basta la legge di P. S., tuttora in vigore, a conferire al ministro dell'Interno e ai prefetti come suoi delegati, il potere di dichiarare lo « stato di pericolo pubblico » (artt. 214-219), colla conseguente illimitata soppressione di tutte le libertà individuali. Il governo che volesse servirsi di queste norme tuttora formalmente in vigore, avrebbe dunque oggi, per soffocare le libertà dei cittadini, mezzi più energici di quelli che avevano i governanti di cinquant'anni fa; e non avrebbe neanche bisogno di creare le leggi penali per incriminare gli oppositori, perchè queste esistono già, come si è visto, negli articoli rimasti in vigore dei codici penali comune e militare; nè di sottrarre i cittadini alla giurisdizione ordinaria per assoggettarli alla giurisdizione militare, perchè, come già si è detto (p. 533 e segg.), tutti i civili aventi obblighi militari, cioè la grande maggioranza della popolazione maschile, sono soggetti fino da oggi, sol che ardiscano criticare la polizia o il governo, al giudizio dei tribunali militari.

A dare l'ultima pennellata d'ombra a questo quadro costituzionale è venuto, con un apparente sapore di provvedimento d'emergenza, il comunicato ministeriale del 4 dicembre 1954, che, se fosse seriamente attuato, costituirebbe (come già si è dimostrato, p. 578 e sgg.), una tappa decisiva verso la trasformazione, già in corso, della democrazia italiana in un regime di paternalismo poliziesco, in cui il pubblico

---

(1) Cfr. Barile, *Il soggetto privato*, cit., pp. 97 sgg

denaro verrebbe adoprato per premiare l'appartenenza ad un partito e l'arrendevolezza di chi si rassegna a servirlo, e ai non conformisti sarebbe riservato il licenziamento, e ai più ribelli il carcere militare.

E a questo scopo sarebbero lieti di concorrere in concordia di intenti, insieme colle sopravvivenze organiche e psicologiche del regime fascista e della dinastia che gli aprì le porte, certo confessionalismo dell'Azione Cattolica, la « guerra fredda » comandata dal di fuori, e le nostalgie corporativistiche dei soliti « padroni del vapore », i quali da tempo hanno adottato nelle loro fabbriche quella politica di discriminazione politica, rinnegatrice di tutte le conquiste sindacali e mortificatrice della dignità individuale, che il governo prenderebbe d'ora innanzi, se si deve credere al comunicato del 4 dicembre, come modello da estendersi a tutti i cittadini.

In questo scivolamento della democrazia verso il paternalismo, due sono le istituzioni che finora hanno fatto, sia pure nei limiti molto ristretti delle loro possibilità, da freno: il presidente della Repubblica, e la Magistratura.

E' stato giustamente osservato che il presidente della Repubblica, organo supremo della Costituzione e forse l'unico che in momenti di così accentuate divisioni politiche possa sentirsi durante il suo ufficio superiore ai partiti e capace di armonizzare nella unità nazionale le esigenze di tutti i cittadini, ha assunto sempre più in questi anni, in mancanza della Corte costituzionale, la funzione di « tutore della Costituzione », valendosi ripetutamente del suo potere di rinviare al parlamento leggi da lui ritenute incostituzionali (art. 74) e difendendo con fermezza le sue prerogative di nomina dei senatori a vita (art. 59 secondo comma) e di cinque giudici della Corte costituzionale (art. 135).

Ma, anche se alla Repubblica è toccata in questo suo primo decennio la fortuna di aver come presidente una figura di eccezionale saggezza ed autorità, è certo che la funzione equilibratrice, superiore alla politica dei partiti, che la Costituzione dà all'organo presidenziale è, proprio per questa sua stessa natura, impotente a impedire l'immobilismo e la sistematica inerzia costituzionale del parlamento. Il potere del presidente di rifiutare con messaggio motivato la promulgazione di una legge, presuppone un'attività legislativa; ma contro la inattività, cioè contro la mancata approvazione delle leggi che avrebbero dovuto render compiuta la Costituzione, o contro il permanere in vigore delle vecchie leggi contrastanti con essa, il presidente non ha alcun potere. In questo primo settennato presidenziale l'inadempimento costituzionale non si è rivelato in concreti provvedimenti legislativi contro i quali il presidente potesse intervenire, rifiutando la promulgazione e facendo sentire attraverso messaggi la sua parola ammonitrice: l'inadempimento costituzionale, in questi sette anni, è stato non un epi-

sodio, ma *una politica continuativa*, l'unica politica del governo. Forse il presidente, per protestare contro questo sistematico tradimento della Costituzione, avrebbe potuto sciogliere le Camere, o dimettersi; ma questi sarebbero stati rimedi estremi, che avrebbero precipitato il paese in uno stato di aperta crisi. E la nostra democrazia è troppo giovine per permettersi di questi lussi.

In difesa della Costituzione ha cercato di adoprarsi anche, nei limiti delle sue possibilità, la Magistratura ordinaria; e specialmente, contro gli arbìtri governativi, le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato.

Difronte all'inerzia costituzionale del legislatore, qualcuno avrebbe voluto che la Magistratura assumesse coraggiosamente su di sè il compito di accogliere senz'altro nella sua giurisprudenza, senza aspettare le leggi di attuazione, i princìpi programmatici della Costituzione, considerandoli, *omisso medio*, come princìpi generali già entrati a far parte del nostro diritto positivo; e che con maggior risolutezza riconoscesse il carattere precettivo di certe norme costituzionali e la abrogazione implicita delle vecchie leggi fasciste con esse incompatibili. In verità non si può dire che la giurisprudenza (specialmente quella delle più alte magistrature) sia stata immune, in questo campo, da qualche perplessità: nella distinzione tra norme programmatiche e norme precettive la giurisprudenza (specialmente quella della Cassazione penale è stata la più criticata dalla dottrina) ha mostrato una certa propensione a estendere il campo delle norme programmatiche e a negare ad esse, in attesa delle leggi di attuazione, ogni efficacia immediata anche semplicemente abrogativa. E tuttavia non sono mancati i casi in cui la giurisprudenza si è decisamente schierata in difesa della Costituzione considerando precettive norme che il governo continua a violare sotto il pretesto che siano programmatiche: e nella offensiva di denuncie per reati politici che in questi ultimi tempi si è scatenata contro i giornali di opposizione (1), quasi sempre la Magistratura ha dato prova nelle sue decisioni di grande indipendenza ed equanimità: forse questa è la ragione per la quale in certe sfere governative si fa di tutto

(1) In seguito all'arresto e al deferimento al tribunale militare di Bologna del giornalista Brini, direttore della « Lotta », imputato di vilipendio della polizia, sono stati denunciati per apologia di reato il direttore e il capocronista dell'« Unità », per aver commentato quell'arresto (cfr. « L'Unità » del 30 dicembre 1954). L'11 febbraio 1955 la agenzia A.N.S.A. ha dato notizia di ben quattordici denunce in un sol giorno a carico di direttori di giornali socialisti e comunisti, per apologia di reato e per vilipendio delle istituzioni costituzionali. Cfr. Achille BATTAGLIA, *Processi alla stampa*, sul « Mondo » dell'8 marzo 1955.

per mantenere ai tribunali militari la giurisdizione sui reati politici commessi da civili aventi obblighi militari, e per impedire che questa competenza torni ai tribunali ordinari, ritenuti troppo indipendenti e non abbastanza severi.

D'altra parte, quando si accusa la Magistratura di « sordità costituzionale », non si deve dimenticare che gran parte delle leggi che i giudici sono ancora chiamati ad applicare quotidianamente, sono quelle, rimaste immutate, del tempo fascista; e che non si può chiedere a magistrati, che hanno passato gran parte della loro vita ad applicare quelle leggi secondo lo spirito di quel regime, di riuscire a introdurre da sè in queste leggi formalmente immutate il nuovo spirito democratico, quando il legislatore da parte sua dimostra di non voler far nulla per adeguare come dovrebbe la legislazione alla democrazia. La giurisprudenza, anche se i giudici non se ne accorgono, è fortemente influenzata dal clima politico generale: quando nell'aria si respira il disfattismo costituzionale, è difficile che i giudici riescano ad assumer su di sè il compito faticoso, e spesso pericoloso, di difender la Costituzione contro gli arbitrii del governo. A consigliare alla Magistratura questa prudenza, in momenti in cui liberamente circolano liste di proscrizione contro i magistrati sospetti di « criptocomunismo », può aver contribuito anche, in questi anni, la mancata attuazione delle norme costituzionali sul Consiglio superiore della Magistratura, che avrebbe dovuto dare ad essa quella piena indipendenza dal potere esecutivo che finora essa organicamente non ha.

E tuttavia, nonostante questo, non si può non ascrivere a lode della Magistratura, la risolutezza colla quale essa, interpretando in maniera estensiva il secondo comma della disp. trans. VII, ha rivendicato a se stessa quell'ufficio di sindacare la legittimità costituzionale delle leggi, che la Costituzione avrebbe riservato alla Corte costituzionale. Così, finchè dura la carenza costituzionale derivante dalla mancanza di questa Corte, la Magistratura (sia pure nei suoi limiti istituzionali, cioè nei limiti del singolo caso deciso) ne ha assunto le veci: e, al vertice, la Corte di Cassazione, in assenza della Corte costituzionale, funziona degnamente come suo organo vicario (1).

III. - Alla fine di questa indagine panoramica, i cui resultati potrebbero apparire allarmanti, può venir fatto di domandarsi se ormai la Costituzione democratica si debba considerare come fatalmente destinata a rimanere inattuata, fino a che sotto l'involucro formale finisca

---

(1) Cfr. Ernesto Eula, *Vita giuridica della Costituzione*, estr. dalla « Rivista penale », maggio 1954.

di affiorare quel regime di polizia e di paternalismo confessionale che è la vera costituzione materiale dell'Italia d'oggi.

Non credo che si possa concludere in un senso così pessimistico. La Costituzione italiana è ancora allo stato fluido: può darsi che questo stato di perplessità costituzionale sia soltanto transitorio. La democrazia italiana è dinanzi a un bivio; ma la scelta è ancora aperta.

Più che la carenza delle leggi sembra pericolosa la carenza delle coscienze, la insensibilità democratica della classe dirigente, che rimpiange lo spirito autoritario del fascismo, comodo scudo dei privilegi degli abbienti. « Fatto più grave, si è accentuato il discredito per la legge. Si è avvezzato il popolo italiano a considerare questa, anche nella forma costituzionale, cosa di poco momento, a cui si può passare sopra e che, comunque, deve cedere il passo di fronte ad altre esigenze considerate più importanti. Pericolosissimo principio in uno Stato repubblicano, il quale proprio nel rispetto della legge o della Costituzione trova il fondamento della propria unità e la base della vita ordinata » (1). Che cosa sia la Costituzione per molti di coloro che siedono ancora in Italia ai posti di comando è stato espresso in frasi che meritano di passare alla storia: una « faccenduola », una « trappola ». Quello che conta, per certa gente, è rimanere al governo, è conservare i loro privilegi: tutto il resto è letteratura. Ora, difronte a una costituzione legalitaria, ma *rinnovatrice*, com'è la nostra, tutti coloro che per conservare i loro privilegi si oppongono al rinnovamento promesso da essa, sono in realtà nemici dell'ordine. Oggi, difronte alla Costituzione, *i conservatori sono i veri sovversivi.*

Pur di rimanere al governo, pur di conservare i privilegi, vi è nel partito di maggioranza una forte corrente che è disposta non solo a dare la mano ai monarchici, ma a resuscitare il fascismo. Le forze conservatrici che siedono alla destra del partito democristiano e del partito liberale, le quali si identificano in sostanza coi grandi industriali e coi grandi agrari, rimasti, oggi come ieri, i « padroni del vapore », auspicano sempre più apertamente, coll' « apertura a destra », il ritorno a un regime di autoritarismo fascista, mascherato sotto una veste ipocrita di pio conformismo confessionale. La riabilitazione ufficiale del fascismo è già in atto: la legge 20 giugno 1952, n. 265 per la repressione del fascismo è rimasta lettera morta. Invano il 16 febbraio 1955 è stata presentata al Senato una mozione unitaria, firmata anche da un senatore democristiano (Zoli) e da uno liberale (Zanotti Bianco) colla quale si chiedeva al governo di dare attuazione all'art. 9 di quella legge (finora rimasto inattuato), il quale vorrebbe che si compilassero

(1) Balladore Pallieri, *scritto cit.*, p. 50.

per le scuole apposite pubblicazioni che facciano conoscere ai giovani « l'attività antidemocratica del fascismo ». In realtà l'attività antidemocratica del fascismo è quotidianamente esaltata senza che la polizia intervenga: scorrendo sui giornali la cronaca delle denunce per reati politici contro i giornali di sinistra, si rimane sorpresi di vedere come siano rari al confronto i procedimenti per i reati, previsti dalla legge sopra ricordata, di « apologia del fascismo » o di « manifestazioni fasciste », che sono ormai la pratica quotidiana di certa stampa o di certi partiti. Lo scioglimento anticipato del Senato (per effetto del quale non potè diventare legge la proposta, già approvata dalla Camera, di estendere anche alla seconda legislatura la ineleggibilità politica degli ex gerarchi fascisti) ha fatto rientrare in parlamento i rappresentanti di quel regime nefasto che la Resistenza credeva di avere spazzato per sempre: e del mandato parlamentare costoro si servono proprio per tentare di fare il processo alla Resistenza.

Disfattismo costituzionale e processo alla Resistenza sono due faccie dello stesso fenomeno. La Costituzione infatti non è altro che lo spirito della Resistenza tradotto in formule giuridiche: il programma legalitario di rinnovamento democratico al quale si sono impegnati tutti gli uomini liberi che durante la lotta antifascista si trovarono uniti a combattere contro l'oppressione straniera ed interna.

E tuttavia non è da queste funebri riapparizioni che la giovine democrazia italiana ha da temere: le forze interne che la minacciano potrebbero essere rese virulente solo dal brusco precipitare di quel giuoco internazionale, di cui l'Italia non è che una pedina. Se la pace sarà mantenuta nel mondo, anche la democrazia italiana, che è per ora soltanto una promessa, potrà gradualmente diventare una realtà sempre più piena ed operante.

Il partito democristiano non si può identificare colle forze conservatrici che si annidano alla sua ala destra. All'ala sinistra di esso fermenta quel solidarismo cristiano il quale sente di avere tanta strada da percorrere verso l'avvenire insieme col socialismo; e tra i giovani democristiani lo spirito rinnovatore dell'antifascismo e della Resistenza non è men vivo che tra i giovani socialisti o comunisti.

Sarà questo spirito che alla fine detterà la scelta. La Costituzione conserva intatto, per chi resta fedele alla Resistenza, il suo valore di messaggio. Dai suoi articoli parlano a noi le voci familiari, auguste e venerande, del nostro Risorgimento. La Repubblica dell'art. 1, la Repubblica pacifica dell'art. 11 che « ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli », è Giuseppe Mazzini; lo « spirito democratico » che, secondo l'art. 52, deve presiedere alla ricostruzione dell'esercito, è Giuseppe Garibaldi. Nell'art. 8, che proclama tutte le confessioni religiose « ugualmente libere dinanzi alla legge », par

di riconoscere la voce di Camillo Cavour; dall'art. 27, che abolisce la pena di morte, parla Cesare Beccaria; dall'art. 115, che riconosce l'autonomia regionale, riecheggia dopo un secolo il monito di Carlo Cattaneo: « bisogna che le regioni si sveglino alla vita pubblica... ».

Ma ci sono altre voci più recenti, che, sulla strada fortunosa della nostra storia, hanno raccolto il messaggio dei padri e lo tramandano a noi attraverso la Costituzione: in quella così chiara affermazione, contenuta nel capoverso dell'art. 3, che pone la giustizia sociale come condizione indissolubile della libertà politica e dell'uguaglianza giuridica, rivive Carlo Rosselli; negli articoli che pongono nel lavoro la fonte di ogni dignità sociale e che auspicano una società in cui sia garantita « la effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese », rivivono Antonio Gramsci e Piero Gobetti.

E poi si odono nella Costituzione voci ancor più vicine a noi: quelle dei fratelli caduti nelle ultime battaglie della Resistenza, secondo Risorgimento d'Italia. Le generose speranze di una società più umana, che guidarono quei morti al loro sacrificio, sono diventate, nella Costituzione, aride definizioni di giuristi: ma dentro a ciascuno di questi articoli è racchiusa una fiamma religiosa di solidarietà e di progresso sociale.

I cittadini inglesi, giustamente fieri della loro Magna Charta, vanno in pellegrinaggio a Runnymede dove nel 1215 fu concluso tra Giovanni d'Inghilterra e i suoi baroni quel primo patto che servì da fondamento a tutte le loro libertà. La Costituzione italiana potrà riprendere la sua strada verso una democrazia sempre più piena e diventare una realtà politica, se le nuove generazioni sentiranno il dovere di andare in pellegrinaggio col loro pensiero riconoscente in tutti i luoghi di lotta e di dolore dove i fratelli sono caduti per restituire a tutti i cittadini italiani dignità e libertà. Nelle montagne della guerra partigiana, nelle carceri dove furono torturati, nei campi di concentramento dove furono impiccati, nei deserti o nelle steppe dove caddero combattendo, ovunque un italiano ha sofferto e versato il suo sangue per colpa del fascismo, ivi è nata la nostra Costituzione. Se essa può apparire alla decrepita classe politica che lotta vanamente per salvare i suoi privilegi come una inutile carta che si può impunemente stracciare, essa può diventare per le nuove generazioni, che saranno il ceto dirigente di domani, il testamento spirituale di centomila morti, che indicano ai vivi i doveri dell'avvenire.

XXI

VIVA VOX CONSTITUTIONIS (*)

Chi, dopo aver letto il messaggio del nuovo presidente della Repubblica al popolo italiano, se n'è allarmato come di uno straripamento dai limiti delle attribuzioni presidenziali e come di un'invasione delle attribuzioni di indirizzo politico riservate al governo, ha dimostrato con ciò di non essersi reso conto nè di quelle che sono in realtà le funzioni presidenziali nella nostra Costituzione, nè del momento di vera e propria « emergenza costituzionale » in cui il messaggio è stato lanciato, come un appello di S.O.S. destinato a richiamare l'attenzione di tutti gli italiani sul naufragio che attende la nostra democrazia se continua a navigare con questi dissennati piloti.

La posizione costituzionale del presidente della nostra Repubblica non è paragonabile a quella che secondo lo statuto albertino aveva il monarca, del quale si soleva ripetere che « il re regna ma non governa ». Questo principio può esser valido in una monarchia come quella inglese, in cui i poteri del parlamento sono teoricamente sconfinati perchè possono arrivare fino a modificare la costituzione con legge ordinaria, e in cui il re, che fonda il suo potere non sulla volontà popolare ma sulla tradizione, si è ridotto sempre più ad essere soltanto un organo figurativo di rappresentanza, senza effettiva ingerenza nelle direttive politiche del governo, che risponde soltanto di fronte al parlamento: tanto che perfino il discorso della Corona è redatto dal primo ministro. Ma nel nostro ordinamento repubblicano il presidente della Repubblica, organo costituzionale avente anch'esso come tutti gli altri la sua unica fonte nella sovranità popolare, è posto al vertice dello Stato non solo come rappresentante dell'unità nazionale, ma anche come *custode della Costituzione;* com'è dimostrato dal fatto che mentre egli di regola non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, risponde tuttavia personalmente

---

(*) [Pubblicato in « Il Ponte », a. XI, n. 6 (1955), pp. 809-814]. [*Bibliografia*, n. 790].

della osservanza della Costituzione e può esser messo sotto stato di accusa per « attentato » alla medesima (art. 90 Cost.), commesso da lui o dal governo colla sua complicità ed acquiescenza.

Questa funzione di responsabile vigilanza costituzionale, che la Costituente volle affidare al presidente e di cui oggi tutti i costituzionalisti riconoscono la rilevanza (c'è chi considera il presidente come investito della « suprema sopraintendenza sull'attività degli altri organi costituzionali »; e v'è chi lo definisce come supremo « garante » o « tutore » dell'osservanza costituzionale) è resa importante, anzi indispensabile, dai caratteri tipici che ha la nostra Costituzione: la quale è una costituzione *rigida,* cioè non modificabile per legge ordinaria del parlamento (e tanto meno, si intende, per atti del governo), ed è una costituzione *programmatica,* cioè contenente in sè la preventiva e prefissata determinazione di quei supremi indirizzi politici, dai quali i governi che si susseguono al potere non potrebbero deflettere senza tradire la Costituzione. Si aggiunga che la Costituzione è oggi, di fatto, *incompiuta*: e che in questa situazione di fatto vi è una ragione di più per dare importanza all'organo che ha l'ufficio di controllarne e di stimolarne l'integrale compimento.

Quando si parla di garanzie costituzionali, viene subito in mente la Corte costituzionale: quella Corte costituzionale che dovrebbe esservi e non v'è, e la cui assenza costituisce una delle più sconcie e ridicole vergogne della nostra attuale situazione politica. Ma in realtà la Corte costituzionale (anche se ci fosse) non potrebbe esercitare il suo controllo altro che in via successiva, quando l'infrazione costituzionale è già stata commessa, togliendo efficacia agli atti emanati in contrasto colla Costituzione: essa esercita, come dicono i giuristi, un controllo di legittimità costituzionale *a posteriori,* che può intervenire contro infrazioni costituzionali già compiute, in quanto esse si concretino in atti legislativi contrari alla Costituzione. Ma contro l'inerzia governativa, contro una politica governativa di sistematico oblio dei doveri costituzionali, contro l'immobilismo costituzionale di una maggioranza che si sottrae al dovere di istituire gli organi indispensabili voluti dalla Costituzione per il proprio funzionamento, la Corte costituzionale, anche se ci fosse (e così, in sua vece, l'autorità giudiziaria ordinaria) non potrebbe in alcun modo intervenire.

La funzione di vigilanza e di stimolo *preventivo* contro l'inerzia costituzionale, o addirittura contro il « sabotaggio » costituzionale del governo, è demandata principalmente, oltre che all'opposizione parlamentare e all'opinione pubblica, al presidente della Repubblica, il quale solo ha la possibilità (informato, come ha il diritto e il dovere di essere, di tutta la vita politica della nazione) di esercitare un efficace controllo costituzionale *a priori,* non solo rifiutando il suo con-

corso al compimento di atti legislativi che siano in contrasto colla Costituzione, ma anche sorvegliando e stimolando l'attività politica del governo, per evitare, come dice il Mortati, che si creino disarmonie e divergenze tra essa e il sentimento o le esigenze espresse dal popolo, ed altresì per evitare che la politica governativa si indirizzi per vie divergenti dalle direttive politiche prefissate nella Costituzione.

Bisogna, insomma, rendersi conto che una Costituzione rigida e programmatica com'è la nostra, non solo pone limiti invalicabili al potere legislativo, ma altresì indirizza e prefissa l'iniziativa politica del governo, nel senso che questo non è più libero di dare alla propria politica l'indirizzo che crede, ma è tenuto a contenere questo indirizzo negli argini prestabiliti dalle norme programmatiche della Costituzione e a perseguire gli scopi da questa assegnati. Ora, l'organo che ha in maniera tipica l'ufficio di ricordare continuamente al governo il dovere di restare entro questi argini e di procedere verso quelle mete, è proprio il presidente della Repubblica.

Questo ufficio di richiamo alla fedeltà costituzionale, che può essere meno appariscente e quasi invisibile quando si ha un governo che comprende e rispetta da sè il dovere di osservare la Costituzione, diventa preminente e decisivo in un momento come questo, in cui ormai, per merito dell'attuale governo, l'Italia vive in un clima che si potrebbe chiamare, più che di inosservanza della Costituzione, di ostentata e testarda beffa ai principi fondamentali di essa. Si capisce quindi come il messaggio del nuovo presidente, nel quale si esprime un'onesta ed energica volontà di raddrizzamento del timone costituzionale in un momento in cui la barca governativa segue una rotta che la porta sempre più chiaramente verso le secche dello Stato di polizia, sia potuta apparire a certi benpensanti conservatori come una voce sovversiva. Sì, perchè questo è l'assurdo della situazione italiana: che chi si richiama alla Costituzione, fa la figura di essere un sovversivo, che la questura ha l'ordine di tener d'occhio!

Per superare situazioni come questa, la Costituzione dà al presidente dalla Repubblica adeguati poteri. Egli può, intanto, rifiutarsi di autorizzare la presentazione alle Camere di disegni di legge di iniziativa governativa che ritenga contrari alla Costituzione (art. 87, quinto comma), e può rifiutarsi di promulgare una legge incostituzionale rimandandola con messaggio motivato alle Camere per una nuova deliberazione (art. 74). Ma accanto a questi poteri specifici, limitati a una singola legge o a un singolo disegno di legge, il presidente ha il potere generico di intervenire *preventivamente* a raddrizzare il corso di una politica anticostituzionale, mediante quella facoltà, che gli è riconosciuta in ogni caso, di « inviare messaggi alle Camere » (art. 87 secondo comma); la quale gli è data non per mandare alle

Camere espressioni di augurio o di benevolenza o di compiacimento patriottico, ma proprio per ricordare le strade che la Costituzione ha segnato verso l'avvenire al parlamento e al governo. In questo senso si può veramente dire che la Costituzione parla attraverso il presidente della Repubblica: come il Montesquieu diceva che i giudici sono la « bouche de la loi », così si può dire che attraverso l'ammonimento dei messaggi presidenziali parla nel nostro ordinamento la Costituzione: contro ogni smarrimento costituzionale, contro ogni deviazione, contro ogni inerzia, il presidente della Repubblica può essere, se vuole, la *viva vox Constitutionis.*

Quando, nel recente messaggio, il presidente della Repubblica ha ammonito che è « interesse fondamentale della democrazia » rinnovare la classe dirigente, introducendo nella direzione politica dello Stato quelle masse lavoratrici e quei ceti medi che finora sono rimasti sulla soglia, parlava per bocca sua l'art. 3 della Costituzione, il quale proclama che « è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e *l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese* ». E quando, in quello stesso messaggio, richiamando parole del Pontefice, ha ricordato che non può esservi democrazia e libertà « se l'uomo comune vive col timore di subire l'arbitrio e non perviene ad affrancarsi dal sentimento che egli sia soggetto al buono e al cattivo volere di coloro che applicano le leggi o che come pubblici ufficiali dirigono le istituzioni e le organizzazioni; se si accorge che nella vita quotidiana tutto dipende da relazioni che egli forse non ha a differenza di altri; se sospetta che dietro la facciata di quel che si chiama Stato si cela il giuoco di potenti gruppi organizzati » (parole le quali descrivono al vivo in quale condizione di avvilimento e di mortificazione sono costretti gli italiani per fatto di un governo il cui programma si riassume tutto nel praticare ostinatamente la discriminazione politica), anche qui il presidente della Repubblica non ha fatto altro che lasciar parlare gli articoli della Costituzione che proclamano la pari dignità sociale e l'uguaglianza dinanzi alle leggi di tutti i cittadini, « senza distinzione... di opinioni politiche » (art. 3), e il pari diritto di tutti i cittadini di accedere ai pubblici uffici (art. 51), e quel dovere di « imparzialità dell'amministrazione » (art. 97) che oggi in Italia è sfacciatamente violato ogni volta che le autorità si ostinano a negare il passaporto a un cittadino perchè non ha le stesse idee politiche dell'on. Scelba, o a escludere da un concorso a un pubblico impiego un concorrente onesto e preparato, solo perchè non ha tessera della democrazia cristiana (o meglio del partito monarchico o del M.S.I.), o a negare il contributo

dello Stato alle colonie estive marine o montane, solo perchè i bambini che dovrebbero andarvi sono figli di lavoratori iscritti alla C.G.I.L. invece che ad altri sindacati: dividendo così i bambini italiani, secondo le preferenze sindacali dei loro genitori, in due categorie, quelli che sono degni di assistenza e di cure sanitarie, e quelli che, essendo figli di « sovversivi », lo Stato può tranquillamente lasciar morire di tubercolosi!

Contro questa folle politica di discriminazione, che arriva a incrudelire perfino contro l'infanzia e contro la malattia, e a distribuire secondo criteri di parte l'aria delle montagne e il sole delle spiaggie marine, la Costituzione ha parlato attraverso il messaggio del nuovo presidente: ed è veramente strano che mentre in quel messaggio si afferma energicamente « la necessità che la Costituzione sia compiuta negli istituti previsti, quali la Corte costituzionale, il Consiglio superiore della Magistratura, l'ordinamento regionale, il Consiglio della Economia e del Lavoro, e nell'adeguamento della legislazione e del costume », il governo, che per rimanere aggrappato allo scoglio si affanna a preparare il « rimpasto », non abbia saputo far di meglio che annunciare la creazione di nuovi ministeri, di cui nessuno (al di fuori di coloro che li ricopriranno) sentiva il bisogno, ma non abbia detto una parola sulla Corte costituzionale o sul Consiglio superiore della Magistratura o sull'abbandono della politica delle discriminazioni, proclamata come metodo di governo democratico nel famoso comunicato del 4 dicembre!

A proposito di che c'è da osservare che, in caso di estrema necessità, la Costituzione (art. 88) dà al Presidente della Repubblica anche il potere di sciogliere le Camere: tra i casi in cui questo potere può essere esercitato, i costituzionalisti sono concordi nel menzionare il caso in cui appaia la incapacità del parlamento ad esprimere un governo; ma è da ritenere che in una costituzione rigida come la nostra tale potere possa essere esercitato anche nel caso in cui il parlamento non riesca ad esprimere da sè quegli organi che la Costituzione ha prefissato come indispensabili per il suo proprio funzionamento. Se continuasse ancora la commedia del parlamento che non riesce a mettersi d'accordo per nominare i componenti della Corte costituzionale o per istituire il Consiglio superiore della Magistratura, il presidente della Repubblica, per difendere la Costituzione e per non esser complice di questo perdurante attentato contro di essa, non potrebbe far altro che ricorrere alla *extrema ratio* dello scioglimento anticipato, e appellarsi al Paese.

Sembra evidente dunque, che nella nostra Costituzione, il presidente della Repubblica non è un organo di pura cerimonia, che, anche quando si accorge che il governo manda la Costituzione alla

rovina, possa rimanere inerte ed agnostico. Il presidente ha l'ufficio di vigilare a che in ogni materia la politica governativa corrisponda alle norme programmatiche della Costituzione; ma vi è poi una materia nella quale il presidente può, più energicamente che in ogni altra, concorrere a raddrizzare la politica governativa: parlo delle questioni che interessano, direttamente o indirettamente, la difesa nazionale. Questo è un punto sul quale l'opinione pubblica non è forse abbastanza informata: il presidente della Repubblica, infatti, non ha soltanto, formalmente, « il comando delle forze armate », ma è anche, secondo la Costituzione (art. 87, comma 9) il presidente di quel « Consiglio supremo di difesa » il quale, secondo la attribuzioni fissate dalla legge 28 luglio 1950 che lo ha istituito in conformità della Costituzione, « esamina i problemi generali *politici e tecnici attinenti alla difesa nazionale e determina i criteri e fissa le direttive* per la organizzazione e il coordinamento delle attività che comunque la riguardano ».

Su tutte le questioni attinenti direttamente o indirettamente alla difesa nazionale, come potrebbero essere quelle concernenti le alleanze militari, l'adozione di certe armi distruttive, la dislocazione delle nostre forze armate fuori del nostro territorio o la concessione di basi militari a forze armate straniere sul nostro territorio, i criterî politici non possono esser fissati dal governo, cioè dal consiglio dei ministri, ma devono essere prima di tutto deliberati da questo speciale organo supremo, a capo del quale sta il presidente della Repubblica, *non il presidente del consiglio.*

Le questioni di questa importanza non si risolvono e non si pregiudicano in colloqui segreti dei quali il pubblico conosce soltanto l'immancabile fotografia finale in cui si vede un bell'inchino del presidente del consiglio che si prosterna a un amabile sorriso femminile. Anche qui la parola determinante, prima che il parlamento sia chiamato a deliberare, è quella del presidente della Repubblica, *viva vox Constitutionis.*

Che è poi (è vano tentar di dimenticarlo) la viva voce della Resistenza.

XXII

LA SUPPLENZA PRESIDENZIALE (*)

Per la seconda volta la visita del presidente della Repubblica a un Paese amico solleva, intorno al problema della « supplenza », discussioni animate da un certo zelo costituzionale, nel quale non è sempre agevole distinguere i moventi giuridici da quelli politici.

Chi voglia restare, per quanto sia possibile, sul piano strettamente giuridico, si domanda se in queste discussioni non siano state confuse per avventura due nozioni, corrispondenti nella sostanza a quelle che nella prassi dello Statuto albertino si indicavano con due nomi diversi: la « reggenza » e la « luogotenenza ». La reggenza era il trasferimento *necessario* e *totale*, cioè operante per forza di legge e non per volontà del sovrano, dell'esercizio di tutti i poteri regi nella persona designata dallo Statuto (articoli 12-17), nei casi in cui il re, per difetto di età o per « fisica impossibilità », fosse incapace di regnare. La luogotenenza, non prevista dalla legge ma creata dalla consuetudine, era invece una semplice « delega », *volontaria* e *parziale*, di alcuni specificati poteri regi, che il re, nel pieno esercizio della sua autorità e nei limiti da lui fissati, trasmetteva a una persona da lui liberamente scelta per esercitarli in suo nome. A questa luogotenenza consuetudinaria si ricorse più volte in occasione delle guerre dell'Indipendenza e nella prima guerra mondiale, quando il re, che partiva per il fronte come capo delle forze armate, lasciava al luogotenente il disbrigo degli affari di ordinaria amministrazione. (Non parliamo della « luogotenenza » del 1944, che fu un brillante espediente per coprire con questa parola innocua una situazione sostanzialmente rivoluzionaria).

La Costituzione repubblicana, nell'art. 86, ha previsto la cosiddetta « supplenza » la quale, se si vuol confrontare coi due istituti sopra ricordati dello Statuto monarchico, somiglia alla reggenza piuttosto che alla luogotenenza, perchè il trasferimento di poteri presidenziali, al quale dà luogo, ha, come nella prima, carattere (per quanto

---

(*) [Pubblicato in *La Stampa* (Torino), 1 maggio 1956]. [*Bibliografia*, n. 834].

temporaneo) *totale* e *necessario.*

Di una delega parziale e volontaria la Costituzione non parla: e questo silenzio significa esclusione, perchè la possibilità di una delega volontaria di alcuni poteri presidenziali meno importanti fu discussa e respinta dalla Costituente, che considerò l'esercizio di tutti i poteri presidenziali indivisibile e indelegabile.

Per l'art. 86 l'esercizio di tutte le funzioni presidenziali può essere trasferito al supplente, designato nella persona del presidente del Senato, solamente quando il presidente della Repubblica « non possa adempierle » da sé; il che vuol dire che a mettere in moto il meccanismo della supplenza non potrebbe bastare neanche (fuori dal caso delle dimissioni) la immotivata volontà del presidente della Repubblica, se non fosse accertata come motivo l'esistenza di un « impedimento » oggettivo, corrispondente in sostanza a quella « fisica impossibilità di regnare » di cui parlava l'art. 16 dello Statuto albertino.

Se poi questo impedimento, che fa scattare la supplenza, ha carattere irrimediabile o permanente (morte; dimissioni; incapacità giuridica sopraggiunta; messa in stato di accusa; malattia inguaribile ecc.) allora, a norma del secondo comma dello stesso articolo 86, spetta al presidente della Camera indire al più presto la elezione del nuovo presidente.

Sorgono così due problemi, che la Costituente discusse, ma poi ritenne opportuno lasciare alla soluzione della prassi: a quale organo spetti accertare se si sia verificato in concreto quell'impedimento che rende necessaria la supplenza; e a quale organo spetti accertare il carattere irrimediabile e permanente dell'impedimento, che rende necessaria la nuova elezione.

Nessuno ha mai messo in dubbio che, fino a che il presidente in carica ha la capacità di intendere e di volere e i requisiti giuridici per conservare le sue funzioni, a lui solo spetta insindacabilmente il potere di accertare la esistenza dell'impedimento; come potrebbe avvenire, ad esempio, quando egli dichiarasse di doversi sottoporre, per ragioni di salute, a cure mediche che gli rendessero impossibile per un certo periodo l'esercizio dei suoi poteri. Anche sotto la monarchia i costituzionalisti insegnavano che l'accertamento della « impossibilità di regnare » non doveva mai implicare valutazioni morali o politiche che ledessero il principio della insindacabilità regia.

Ma quando il presidente si trovi nella impossibilità fisica e giuridica di accertare da sé l'esistenza dell'impedimento, allora sulla scelta dell'organo competente ad accertarla in sua vece molteplici e disparate sono le soluzioni suggerite dalla dottrina. Ne ricordo alcune: deliberazione delle Camere in seduta comune; accordo tra i presidenti delle

Camere e il governo; o meglio, a mio avviso, deferimento della decisione alla Corte costituzionale, come nuova attribuzione di questo organo supremo, su iniziativa del presidente del Consiglio. Si intende che ciascuna di queste soluzioni, volendola regolare una volta per sempre in anticipo, dovrebb'essere adottata con legge costituzionale.

Certo è che, comunque si voglia risolvere la delicata questione, niente hanno a che vedere con essa i viaggi ufficiali del presidente fuori del territorio nazionale, che non costituiscono affatto un impedimento all'esercizio delle funzioni presidenziali, ma sono anzi una felice occasione per la piena esplicazione delle medesime.

In questi viaggi il presidente agisce nella pienezza dei suoi poteri presidenziali: sarebbe veramente grottesco che, per il solo fatto di varcare il confine nazionale, egli dovesse cedere al supplente i suoi poteri presidenziali, come una veste da camera che si lascia appesa all'attaccapanni casalingo al momento di mettersi in viaggio: e andare così, in veste di semplice privato, a presentarsi ai capi degli Stati che l'hanno invitato come presidente!

Si può ricordare che sotto la monarchia mai fu posto il problema della reggenza quando il re partiva per andare a render visita ai sovrani stranieri. Lo stesso avviene in Francia; lo stesso è accaduto agli Stati Uniti d'America, dove, ogni volta che il presidente in carica si è assentato dal territorio americano per partecipare a incontri politici all'estero (come hanno fatto Wilson, Roosevelt, Truman e Eisenhower), non è mai venuto in mente ad alcuno di invocare l'articolo II della Costituzione che prevede l'entrata in carica del vicepresidente solo quando il presidente sia nell'impossibilità di assolvere i poteri e i doveri del suo ufficio (« ... *or inability to discharge the powers and duties of the said office* »). Anche in America il problema è stato sollevato (ma mai finora risolto) solo nei casi di vera o temuta impossibilità fisica: come quando il presidente Garfield agonizzava colpito dal proiettile di un assassino, o quando Wilson fu colpito, durante gli ultimi mesi della sua presidenza, da un grave esaurimento nervoso; o, più di recente, quando il presidente Eisenhower si ammalò di una crisi cardiaca, che fu poi, per fortuna, meno grave di quanto da principio si temeva.

Qualcuno ha detto che quando il presidente è all'estero non può firmare i decreti, perchè la sua firma non è valida, se sotto la sua poltrona non c'è il territorio nazionale. Se questo fosse vero, l'unica soluzione sarebbe quella di aspettare, per la firma dei decreti, il suo ritorno in patria; e il mondo non cascherebbe per questo. Ma questa regola non è scritta in nessun testo: coi mezzi di trasmissione che ci sono oggi, non si vede perchè non si possa considerare come dato e valido in Italia un provvedimento presidenziale comunicato in Italia, colle dovute garanzie di autenticità e di segretezza, per via telegrafica o te-

lefonica. Bisogna che anche il diritto costituzionale si metta al corrente col progresso delle comunicazioni: in Inghilterra è già stato ammesso che, quando il sovrano è all'estero, il potere di sciogliere il Parlamento può essere esercitato da lui anche a mezzo di telegramma.

Non bisogna dimenticare che quando Vittorio Emanuele II andava a riposarsi a Valdieri in un tempo in cui non vi erano nè treni rapidi, nè aeroplani, nè telefoni, nè radio, il re era molto più lontano, molto più « assente » da Roma, di quanto non sia oggi il presidente della Repubblica quando si trova a Washington o a Parigi; nè risulta che Vittorio Emanuele II, ogni volta che andava a caccia a Valdieri, si facesse nominare un reggente.

Anche chi sostiene che, in caso di viaggio all'estero, il presidente dovrebbe almeno delegare al supplente i poteri di ordinaria amministrazione, dimentica non solo che la nostra Costituzione esclude la delegabilità di quei poteri, ma che, ove pure la delega fosse ammessa, resterebbe sempre al presidente il potere insindacabile di non servirsene: non è concepibile, sul piano giuridico, il diritto di essere delegato contro o senza la volontà del delegante!

Ho sentito raccontare che nel 1900 quando fu ucciso Umberto I, mentre il figlio, suo successore, si trovava in crociera (« o tu che, chiamato dalla morte, fosti re sul mare »), il duca d'Aosta, al quale, come parente più prossimo, sarebbe spettata la reggenza, si precipitò dal presidente del Consiglio, onorevole Saracco, per essere subito nominato reggente. Ma il vecchio parlamentare non gli dette ascolto: e rispose col motto tradizionale: « Il re è morto: viva il re! ».

Così il duca d'Aosta non potè cavarsi la soddisfazione di sentirsi, almeno per ventiquattr'ore, reggente: di che si dice serbasse rancore contro il povero Saracco, fino al punto che quando questi, di lì a poco, morì, non volle partecipare ai suoi funerali.

XXIII

CORTE COSTITUZIONALE E PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA (*)

Nella storia della nostra Repubblica la nascita della Corte costituzionale segna una data. Ci sono voluti otto anni per superare le schermaglie e i trabocchetti, ma finalmente la leale fermezza del Presidente della Repubblica e la avveduta pazienza del Presidente del Consiglio sono state più forti delle insidie ritardatrici. Dobbiamo compiacerci, come democratici, non solo perchè la Corte costituzionale è nata, ma anche perchè è stata composta così: come espressione di tutte le forze politiche (nessuna esclusa) che colla Resistenza hanno contribuito a restituire all'Italia la libertà e a fondare la Repubblica.

Come tante volte è venuto fatto di paragonare la Costituzione ad una architettura, così si potrebbe dire che finora essa mancasse di quell'elemento di saldatura di tutto l'edificio, che gli architetti chiamano chiave di volta. La Corte costituzionale è veramente la chiave di volta della Costituzione: solamente ora, da quando essa sta per entrare in funzione, si comincia a sentire che la Repubblica non crollerà. D'ora innanzi gli organi legislativi dovranno ricordare che, se essi non si decideranno ad abrogare le vecchie leggi fasciste in contrasto coi precetti costituzionali, provvederà la Corte costituzionale a dichiararle inefficaci: e i governi sapranno che non sarebbe più lecito, senza cadere apertamente nel colpo di stato, insistere in quella sciagurata politica di discriminazioni, di cui la Corte costituzionale è la vivente condanna.

Bisogna tuttavia guardarsi dal credere che la Corte costituzionale significhi senz'altro attuazione della Costituzione. La Corte costituzionale vale soprattutto come simbolo: più che per la sua efficienza, è

(*) [Pubblicato in « Il Ponte », a. XI, n. 12 (1955), pp. 1985-1986]. [*Bibliografia*, n. 805].

importante per la sua esistenza. Essa non può essere un punto di arrivo: è solo una premessa per poter finalmente cominciare ad attuare con metodo il programma di rinnovamento sociale che la Costituzione ha prefisso. Tirate su le mura dell'edificio, chiusa la volta, bisogna ora mettere in ordine le stanze interne affinchè gli abitanti possano cominciare a viverci decentemente: e sarà un lavoro lungo.

Ma a stimolare l'attuazione del programma poco potrà fare la Corte costituzionale. Essa è un organo di garanzia negativa: potrà impedire che una legge contraria alla Costituzione entri o rimanga in vigore; ma nulla potrà contro l'inerzia del legislatore, che si ostinasse a non dar vita alle nuove leggi volute dalla Costituzione.

Contro l'immobilismo costituzionale l'organo al quale specificamente spetta la funzione di vigilanza e di spinta (se il governo non sente da sè il dovere di muoversi) è il Presidente della Repubblica. Forse il popolo italiano non ha ancora capito bene che cosa vuol dire avere una costituzione programmatica: cioè una costituzione che ha tracciato in anticipo ai governi dell'avvenire, come un permanente dovere costituzionale, la linea politica che dovrà portare necessariamente ad un rinnovamento della struttura economica della società italiana. Rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e la uguaglianza dei cittadini, è diventato per i governi, in forza dell'art. 3 della Costituzione, un dovere costituzionale: custode e garante del quale è il Presidente della Repubblica. Non si tratta, come nelle scorse settimane tutti gli sciocchi ripetevano, di trasformare il regime parlamentare in regime presidenziale: l'Italia è e resta una repubblica parlamentare, nella quale però il Parlamento non è più onnipotente, perchè al disopra di esso vi è la Costituzione, che anche esso ha il dovere di rispettare e di cui la Corte costituzionale e il Presidente garantiscono il rispetto.

Corte costituzionale e Presidente della Repubblica sono due organi di garanzia costituzionale che si integrano a vicenda: la prima è la garanzia negativa, che veglia a che le leggi ordinarie non violino le norme precettive della Costituzione; il secondo è la garanzia positiva, che veglia a che le norme programmatiche della Costituzione siano tradotte in leggi ordinarie. Della connessione tra queste due garanzie complementari si è avuta la riprova in queste ultime settimane, quando le forze reazionarie che per otto anni si erano agitate per impedire alla Corte costituzionale di diventare realtà, sono state le sole a ribellarsi contro il Presidente della Repubblica perchè egli intendeva servirsi senza debolezza dei poteri di vigilanza costituzionale che la Costituzione gli affida. Non hanno ancora capito che di fronte a una Costitu-

zione che si propone come programma il graduale rinnovamento della società, la politica conservatrice diventa per forza una politica anticostituzionale: il Presidente che si prestasse a favorire o a tollerare colla sua inerzia un indirizzo governativo di politica conservatrice diventerebbe complice di un attentato a quella Costituzione, di cui egli è il supremo garante.

XXIV

CORTE COSTITUZIONALE E AUTORITA' GIUDIZIARIA (*)

SOMMARIO: § I. - *Meccanismo processuale e lacune del sindacato di legittimità costituzionale.*

1. Indispensabile coordinazione tra Autorità giudiziaria e Corte costituzionale. — 2. La legge non ammette un'azione di illegittimità esercitabile in via principale dal singolo. — 3. L'eccezione di illegittimità in via incidentale. — 4. Azione in via principale tra Stato e regioni. — 5. Legittimazione e occasione giudiziaria per sollevare la questione in via incidentale. — 6. La *fictio litis* per creare l'occasione giudiziaria. — 7. Leggi che sfuggono al sindacato: unico rimedio, il rifiuto di promulgazione.

§ II. - *Repartizione di competenza tra Corte costituzionale e Autorità giudiziaria.*

8. Principio fondamentale. — 9. Competenza esclusiva dell'A. g. sul giudizio preliminare di rilevanza. — 10. Competenza asimmetrica e puramente delibativa dell'A. g. sulla fondatezza. — 11. Diversi tipi di illegittimità costituzionale. — 12. La Corte non fa distinzione tra essi: esecutorietà (applicabilità) delle leggi viziate da illegittimità costituzionale. — 13. Incompetenza dell'A. g. a decidere *incidenter tantum* le questioni di illegittimità costituzionale. — 14. Opinione contraria per le leggi anteriori alla Costituzione. — 15. Argomenti di ordine giuridico contro tale opinione. — 16. Argomenti di ordine politico id. id. — 17. Necessità di una soluzione integrale del problema.

§ III. - *Possibili conflitti tra Corte costituzionale e Autorità giudiziaria.*

18. Casi in cui l'A. g. rimetta alla C. c. questioni di illegittimità manifestamente infondate. — 19. Casi in cui l'A. g. non rimetta alla C. c. questioni di illegittimità che non siano manifestamente infondate. — 20. Casi di un vero e proprio conflitto di attribuzioni: soluzione.

§ IV. - *L'azione unificatrice della Corte di cassazione sul sindacato di legittimità costituzionale.*

21. L'art. 111 della Costituzione e la sua funzione in tema di sindacato di

---

(*) [Pubblicato in « Rivista di diritto processuale », a. XI (1956), parte I, pp. 7-55; ristampato in *Studi*, VI, pp. 210-261. Costituisce l'ampliamento della conferenza tenuta a Roma, nel Palazzo di Giustizia, il 10 febbraio 1956. Tradotto in lingua spagnola da Héctor FIX ZAMUDIO in « Boletín de información judicial » (México), a. XI, n. 110 (ott. 1956), pp. 685-698 e n. 111 (nov. 1956), pp. 753-774, e da Santiago SENTÍS MELENDO in P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, pp. 121-183]. [*Bibliografia*, n. 823].

legittimità costituzionale. — 22. Organi giurisdizionali che sfuggono al controllo della C. di cassazione: inconvenienti.

§ V. - *Collaborazione tra la Corte costituzionale e la Corte di cassazione per la interpretazione evolutiva della Costituzione.*

23. La C. c. contro l'inerzia del legislatore: azione immediata. — 24. Azione mediata attraverso la giurisprudenza: carattere *lato sensu* politico della giurisprudenza della C. c. — 25. Confluenza giurisprudenziale della C. c. e della A. g. nella interpretazione della Costituzione. — 26. Coordinamento organico tra la Corte costituzionale e la Corte di cassazione.

§ I. — Meccanismo processuale e lacune del sindacato di legittimità costituzionale.

1. — Negli otto anni durante i quali la Corte costituzionale avrebbe dovuto esserci e non c'era, la Magistratura ordinaria, e soprattutto, al suo vertice, la Corte di cassazione, hanno fatto, come sempre, il loro dovere nel tener le veci del supremo organo mancante, esercitando, sia pure nei limiti consentiti all'autorità giudiziaria (cioè *incidenter tantum*) il sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi, a norma dell'art. VII, 2° comma Disp. trans. della Costituzione (1). Fu detto una volta che, fino a che la Corte costituzionale era costretta a rimanere in quel limbo in cui era stata relegata da ostacoli, di cui qui non è il caso di commentare i moventi (2), la Corte di cassazione si era assunta volonterosamente la funzione vicaria di « curatore dell'assente »; per buona sorte la dichiarazione di assenza non si è trasformata in una dichiarazione di morte, e il periodo di carenza della Corte costituzionale si è felicemente concluso. D'ora in avanti la Corte costituzionale e l'Autorità giudiziaria debbono funzionare insieme, ciascuna entro quei limiti che la Costituzione assegna: non si tratta più di provvisoria sovrapposizione o di vicarietà, ma di indispensabile permanente coordinazione di attribuzioni e di intenti.

Tra la Corte costituzionale e gli organi dell'Autorità giudiziaria non basta infatti quel rispetto meramente negativo dei proprî limiti di competenza, fondato sulla divisione dei poteri, che tutti gli organi pubblici sono tenuti ad osservare; ma è richiesta in più, affinchè il sindacato sulla legittimità costituzionale delle leggi possa avere effetto

---

(1) Sull'opera svolta in questo campo dalla giurisprudenza ordinaria, nel periodo di carenza della Corte costituzionale, cfr. i due scritti fondamentali del primo presidente della Corte di Cassazione Ernesto Eula, *Vita giuridica della Costituzione,* in « Rivista penale », 1954, n. 5; e *Panorama e prospettive di giustizia costituzionale,* ivi, 1955, n. 6.

(2) Cfr. il mio saggio, *La Costituzione e le leggi per attuarla,* nel volume *Dieci anni dopo* (Laterza, 1955), p. 230 [e in questo volume delle *Opere, supra*].

pratico attraverso il sistema piuttosto singolare adottato dalla Costituzione, una vera e propria *collaborazione attiva* tra Corte costituzionale e giudici, che in questa funzione così delicata appaiono come congegni complementari e inseparabili di un unico meccanismo processuale. Si potrebbe credere, guardando da un lato, che, secondo questo sistema, l'Autorità giudiziaria sia posta al servizio della Corte costituzionale, come organo di investigazione, di rilevazione e di scelta delle questioni di legittimità costituzionale degne di essere portate all'esame della Corte costituzionale (una specie di filtro o di vaglio che trattiene e trasmette all'esame della Corte costituzionale soltanto le questioni rilevanti); ma si potrebbe anche dire, viceversa, che la Corte costituzionale è posta alla mercé dell'autorità giudiziaria, perchè i cittadini non possono arrivare alla Corte costituzionale se non passando, in occasione di un processo che individualmente li riguardi, attraverso la porta della autorità giudiziaria: se questa non apre la porta, la questione di legittimità costituzionale non ha altra via per arrivare alla Corte (3).

Bisogna dunque, affinchè il meccanismo funzioni bene, che tra la Corte costituzionale e l'Autorità giudiziaria si stabilisca una atmosfera di intesa e di reciproca comprensione: affinchè la Costituzione possa essere insieme tenuta ferma nelle sue premesse e promossa verso le sue mete (due frasi che, nel nostro sistema, vogliono dire la stessa cosa), occorre che la Corte costituzionale e l'Autorità giudiziaria siano ugualmente sensibili allo spirito programmatico di essa, e che non sorgano tra loro, sulla natura, sulla penetrazione e sugli orientamenti del sindacato di legittimità costituzionale, dissonanze e conflitti.

2. — Vi è certamente una funzione che spetta in maniera esclusiva alla Corte costituzionale e che è in ogni caso vietata all'Autorità giudiziaria: quella di dichiarare *in via principale* (cioè come oggetto unico e diretto del suo giudizio) la illegittimità costituzionale di una legge, coll'effetto di far cessare *erga omnes* la sua efficacia (art. 136 della Cost.). Questa dichiarazione di illegittimità, che opera *erga omnes* sulla efficacia della legge come tale, è un potere che l'Autorità giudiziaria *non ha mai avuto* (perchè le decisioni giurisdizionali hanno efficacia sul solo caso deciso), neanche nel periodo di carenza della Corte costituzionale: questo della dichiarazione di inefficacia delle leggi *erga*

(3) Cfr. il mio volume, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile* (1950), n. 13 [e in questo volume delle *Opere, supra*]; PICCARDI L., *La Corte costituzionale in Italia* (estr. dalla « Riv. amministrativa », maggio 1951), p. 17 e ss. dell'estratto; AZZARITI G., *Problemi attuali di diritto costituzionale* (1951), p. 144 e ss.

omnes è dunque un terreno su cui la Corte costituzionale è sovrana e insostituibile.

Ma anche della Corte costituzionale si potrebbe ripetere quello che si suol dire della più bella ragazza del mondo: che non può dare più di quello che ha. Sui poteri di iniziativa della Corte costituzionale non pare, se si deve giudicare da quanto in queste settimane si è letto sulla stampa quotidiana, che l'opinione pubblica abbia idee finora molto precise. Si è letto che gli agenti di cambio, nella loro agitazione contro la legge di perequazione tributaria recentemente approvata, avevano dato mandato ai loro organi sindacali di impugnarla *immediatamente* dinanzi alla Corte costituzionale; o che uguale *immediato* ricorso alla Corte costituzionale si vorrebbe proporre, qualora venisse approvata anche dal Senato, contro la legge proposta dal ministro Moro sulla competenza dei Tribunali militari, in quelle disposizioni di compromesso che in certi casi lascerebbero sopravvivere la giurisdizione militare anche verso imputati che non si trovino in servizio alle armi. E così si sente dire che la legge elettorale politica, colla quale furono fatte le elezioni del 7 giugno 1953 (quella legge della quale oggi parlano con disprezzo anche coloro che allora si batterono per farla approvare) non sarebbe mai entrata in vigore se a quei tempi ci fosse stata la Corte costituzionale: e che alla Corte costituzionale si ricorrerà immediatamente, se nella nuova legge elettorale politica, attualmente in discussione dinanzi al Parlamento, saranno incluse certe disposizioni, evidentemente contrarie al principio della uguaglianza del voto, che si trovano nel disegno di legge presentato dal governo.

Ma queste sono utopie. Nel sistema di sindacato adottato da noi, il solo fatto che sia stata pubblicata e sia entrata in vigore una legge viziata da illegittimità costituzionale, non autorizza il ricorso *in via principale* alla Corte costituzionale, diretto contro la legge come tale. La legge, finchè è soltanto una norma generale ed astratta, posta dal legislatore per tutta una serie indefinita di casi futuri considerati in ipotesi come possibili, ma non ancora discesa dall'empireo dell'astrattezza alla realtà della applicazione giurisdizionale a un concreto caso individuale, rimane immune dal sindacato della Corte costituzionale. Anche se il contrasto in cui la legge si trova colla Costituzione è palese, in modo che la sua entrata in vigore costituisca una minaccia ipotetica di illegittimità per tutti i cittadini, nessuno può, *uti civis*, cautelarsi preventivamente contro questa minaccia, portando direttamente la sua denuncia di illegittimità alla Corte costituzionale.

3. — Affinchè sorga nel cittadino la legittimazione a proporre questa denuncia, bisogna che la legge contraria alla Costituzione si

presenti nei suoi confronti come *in corso di applicazione giudiziaria*, cioè in un processo (civile, penale o amministrativo), in cui egli sia direttamente interessato come parte. Non basterebbe neanche, a dargli veste per denunciare alla Corte la illegittimità della legge, il trovarsi colpito da un atto amministrativo fondato sulla legge illegittima: alla Corte costituzionale si ricorre contro gli atti *legislativi* (per denunciare « l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di un atto avente forza di legge », art. 136 Cost.), *non contro gli atti amministrativi*. Per poter arrivare fino alla Corte è indispensabile che l'atto amministrativo fondato sulla legge illegittima sia di per sè impugnabile dinanzi a un organo giurisdizionale, ordinario o speciale: e solo in questa sede giudiziaria, l'interessato potrà sollevare in via incidentale la questione della illegittimità costituzionale della legge su cui l'atto amministrativo si fonda.

La singolarità di questo procedimento appare soprattutto quando si consideri che in realtà, quando in sede giudiziaria l'interessato diventa legittimato a sollevare in via incidentale la questione di illegittimità allo scopo di poter salire finalmente alla Corte costituzionale, la sua « istanza » (art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87) ha natura *non di azione, ma di denuncia* (4): dinanzi alla Corte costituzionale, cioè, non si discuterà del suo diritto individuale, rinunciabile e prescrittibile, a ottenere nel suo interesse la dichiarazione di inefficacia della legge che si vuole applicare ai suoi danni e che egli ha denunciato come illegittima, ma si discuterà direttamente della inefficacia di quella legge in generale, *erga omnes*, senza più alcuna limitazione o riferimento al caso del denunciante, alla sua legittimazione e al suo interesse; tant'è vero che una volta trasmessa la denuncia alla Corte costituzionale, questa deciderà su di essa anche se dinanzi ad essa « non si costituisca alcuna parte » (art. 26, 2° comma l. cit.).

L'impulso e la legittimazione di parte sono richiesti soltanto al momento in cui si solleva nel giudizio individuale la pregiudiziale di incostituzionalità; ma, una volta superato questo ponte di passaggio, tale requisito dinanzi alla Corte costituzionale perde ogni importanza: com'è confermato dal fatto che la questione di legittimità può essere anche sollevata, all'infuori di ogni impulso iniziale di parte, non soltanto su istanza del p. m. (art. 23, 1° comma), ma addirittura « d'uf-
« ficio dall'autorità giurisdizionale davanti alla quale verte il giudizio ».

Chi vuole a tutti i costi vedere nella Corte costituzionale un organo giurisdizionale, dovrà ritenere di trovarsi qui di fronte a un caso di *giurisdizione senza azione;* ma la verità è, per chi non si arresti alle

(4) Cfr. *Illegittimità* cit., p. 53.

forme del cerimoniale, che la funzione esercitata dalla Corte costituzionale in sede di sindacato di legittimità sulle leggi non è funzione giurisdizionale. Questo mi par sicuro: più difficile è incasellarla, se non si vuol vedere in essa un potere a sè stante, nella triade tradizionale dei poteri. Sostanzialmente si avvicina alla funzione legislativa, secondo la tesi da me sostenuta fin da principio (5), sulla quale sono lieto di vedere oggi concorde l'alta autorità di Ernesto Eula, il quale ha scritto (6) che « la Corte costituzionale partecipa forse più propria- « mente, sebbene con forme e procedimenti giurisdizionali, in questa « particolare attribuzione, alla funzione legislativa ampiamente intesa: « provvedendo ancor essa, in posizione eminente, attraverso il suo « sindacato, alla posizione astratta, obbiettiva del diritto, sul piano « perfettivo della discriminazione costituzionale ».

4. — La Corte costituzionale, dunque, prende in considerazione soltanto le denunce di illegittimità alle quali abbia dato *occasione* la pendenza di un giudizio e che le siano trasmesse dalla Autorità giudiziaria: l'Autorità giudiziaria è il tramite necessario del sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi.

Soltanto in tre casi (ma non mai ad opera di privati cittadini) la questione di legittimità costituzionale può essere proposta *in via principale*, senza passare attraverso la trafila giudiziaria: quando il governo impugna per illegittimità costituzionale una legge regionale (art. 127 ultimo comma della Cost.); quando una regione impugna per lo stesso motivo una legge dello Stato; o quando una regione impugna la legge di un'altra regione (art. 2 legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1). Le tre ipotesi sono regolate dagli artt. 31, 32, 33 della l. 11 marzo 1953, n. 87: in questi casi la istanza è proposta direttamente alla Corte costituzionale, con apposito ricorso degli organi del governo centrale o della regione; per questi casi la legge cost. 1° febbraio 1948, n. 1 parla esplicitamente di « azione di legittimità costituzionale » (non semplicemente di « questione »), per l'esercizio della quale sono stabiliti, dai surricordati articoli della l. 11 marzo 1953, n. 87, brevi termini di decadenza, come se si trattasse di una vera e propria azione di annullamento.

La coesistenza di questa cosiddetta « *azione* di legittimità » in via principale, limitata entro un breve termine e quindi soggetta a decadenza, colla facoltà di denuncia in via incidentale ammessa contro

---

(5) Cfr. *Illegittimità* cit., n. 18, p. 57 e ss.

(6) Sul n. 307 della « Stampa », 28 dicembre 1955, *Compiti e responsabilità della magistratura.*

la stessa legge in ogni tempo in sede giudiziaria, è una delle molte incongruenze sistematiche del nostro ordinamento (7).

5. — Di fronte a una legge viziata da illegittimità costituzionale che cosa può fare, per arrivare a farla dichiarare inefficace dalla Corte costituzionale, il singolo cittadino?

Niente può fare, abbiamo detto, *uti civis*: per poter sperare di arrivare, sia pure seguendo un lungo cammino, fino alla Corte costituzionale bisogna che il cittadino si trovi individualmente, come dicono i costituzionalisti, in una « situazione attiva » personale che rientri tra quelle garantite dalla Costituzione (8): il che vuol dire che la legge costituzionalmente illegittima non deve mettere in allarme soltanto il suo interesse civico, comune a tutti i cittadini, a che la Costituzione sia rispettata, ma deve minacciare un suo interesse individuale, che, sotto forma di diritto soggettivo o di interesse legittimo, possa essere oggetto idoneo di tutela giurisdizionale dinanzi a un organo giurisdizionale ordinario o speciale.

E tuttavia, per salire fino alla Corte costituzionale questo non basta ancora: non basta trovarsi personalmente in una di quelle « situazioni attive » che la Costituzione garantisce, cioè appartenere a una di quelle categorie di interessati, a protezione dei quali la norma costituzionale è specificamente dettata e contro i quali la legge che viola la Costituzione costituisce una minaccia potenziale di lesione. Per poter fare utilmente appello alla Corte costituzionale occorre qualche cosa di più: cioè che la minaccia generale e potenziale, proveniente da quella legge, si trasformi in una lesione individuale ed attuale prodotta dal provvedimento di una autorità o dall'atto di un privato che si giustifichi come fondato su quella legge, contro il quale il singolo leso da quel provvedimento o da quell'atto, possa reagire invocando la tutela giurisdizionale.

Facciamo, ad esempio, il caso che sia invocata una legge ordinaria, la quale, in contrasto coll'art. 8 della Costituzione, limiti la libertà di culto delle confessioni religiose diverse dalla cattolica: per chiedere alla Corte costituzionale di dichiarare inefficace questa legge, non basterà trovarsi nella « situazione attiva » che essa protegge (cioè appartenere a una di quelle confessioni acattoliche a cui la Costituzione garantisce la libertà di culto), ma bisognerà attendere che l'autorità amministrativa prenda a carico di uno degli appartenenti a quella confessione o di un gruppo di essi un provvedimento concreto *fondato*

(7) Cfr. PICCARDI, *scritto cit.*, p. 19.

(8) BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, p. 7.

su quella legge (per es. l'ordine di chiudere il tempio in cui il loro culto si celebra), che possa essere impugnato in sede giurisdizionale dinanzi a un'Autorità giudiziaria ordinaria o speciale, per poi sollevare in quel giudizio, in via incidentale, la pregiudiziale di incostituzionalità della legge su cui il provvedimento si fonda.

Questa necessità di passare attraverso la via giudiziaria per giungere alla Corte costituzionale porta a questa singolare conseguenza pratica: che molte volte, *per arrivare a ottenere dalla Corte costituzionale la dichiarazione di inefficacia di una legge illegittima, bisogna avere il coraggio di violarla*: bisogna cioè che il singolo si faccia paladino dell'interesse pubblico all'annullamento della legge illegittima, e sfidi il rischio delle sanzioni individuali che la violazione di quella legge comporta. Se fosse approvata una legge che, in contrasto coll'art. 40 della Costituzione, vietasse lo sciopero e stabilisse sanzioni amministrative o addirittura penali (come avveniva sotto il regime fascista) contro gli scioperanti, bisognerebbe trovare un gruppo di lavoratori disposti a sacrificarsi nell'interesse della categoria e a mettersi in sciopero a titolo di esperimento, per esser colpiti dalle sanzioni disciplinari o dalle pene comminate da quella legge: per poter poi così, nel giudizio di impugnazione del provvedimento disciplinare o nel giudizio penale, sollevare contro quella legge la pregiudiziale di incostituzionalità.

Questa violazione di legge, preordinata a creare il giudizio in cui si possa sollevare la pregiudiziale di incostituzionalità della legge violata, può forse considerarsi come una manifestazione di quel diritto di resistenza individuale, che autorevoli costituzionalisti ammettono, quantunque la nostra Costituzione non ne parli esplicitamente; ma, in pratica, che questo diritto si ammetta o non si ammetta (9), è certo che il resistere deliberatamente alla legge nell'opinione che essa sia costituzionalmente illegittima, esporrà sempre il resistente al pericolo di sentirsi dire dal giudice che la sua opinione è sbagliata, e di dover subire di conseguenza la sanzione della violazione. (Se domani venisse una legge ordinaria che pretendesse di ristabilire per certi reati la pena di morte in contrasto coll'art. 27 della Costituzione, non consiglierei mai a uno zelante della legittimità costituzionale di affidarsi al diritto di resistenza per levarsi poi la soddisfazione di sollevare in giudizio, in veste di imputato di uno di quei reati, la pregiudiziale di illegittimità costituzionale di quella pena!).

---

(9) Cfr. in proposito: BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, p. 188; ESPOSITO, *La Costituzione italiana - Saggi*, 1954, p. 270; AZZARITI, *Problemi attuali di dir. costituzionale*, p. 197.

6. — Certo è che, senza arrivare a esempi assurdi come questo, accadrà di frequente nella prassi che, per salire alla Corte costituzionale, il singolo, piuttosto che restare eternamente sotto la minaccia di una legge che ritiene viziata da illegittimità costituzionale, in attesa che si presenti l'occasione di impugnarla, preferirà *creare tale occasione*, provocando così quella specie di espediente giudiziario, che la dottrina fa rientrare nella figura della *fictio litis*: espressione che forse non è sempre rigorosamente esatta, perchè spesso, per arrivare alla Corte costituzionale, occorrerà comportarsi *realmente* in modo contrario alla legge ritenuta illegittima, e così tirarsi addosso le sanzioni da essa comminate, per provocare poi contro di essa un giudizio *vero, non simulato*. Meglio che di *fictio litis*, si dovrebbe parlare di giudizio sperimentale, di « giudizio-cavia ».

Ma non sempre questo giudizio sperimentale è possibile. Affinchè esso possa praticamente configurarsi, occorre che la legge viziata da illegittimità costituzionale abbia bisogno, per arrivare a colpire direttamente la sfera giuridica del singolo, di specializzarsi in un comando amministrativo o giurisdizionale, che trasformi in provvedimento concreto la volontà astratta della legge. In questi casi il singolo potrà provocare il provvedimento amministrativo e ricorrere in via giurisdizionale contro di esso (per es. chiedere il passaporto e ricorrere in sede giudiziaria contro il provvedimento di polizia che glielo nega), ovverosia deliberatamente commettere, come già si è detto, quell'atto che la legge vieta come illecito, e sollevare la pregiudiziale di incostituzionalità nel giudizio in cui gli si vorrà applicare la sanzione comminata a chi abbia commesso quell'illecito.

Ma vi sono certe leggi cosiddette « autoapplicative » o « autoesecutive », che, come scrive il Cappelletti nel suo saggio su *La giurisdizione costituzionale delle libertà* (10) « creano in maniera immediata « restrizioni dei poteri o doveri in capo a determinati soggetti o a « categorie ben definite di soggetti, i quali nel momento stesso in cui « la legge entra in vigore si trovano già « pregiudicati » da essa, senza « bisogno dell'avverarsi di un fatto il quale trasformi l'ipotesi legisla- « tiva in concreto comando ». Queste leggi, per colpire la sfera giuridica del singolo, non hanno bisogno di specializzarsi in provvedimenti intermedî di esecuzione amministrativa o di applicazione giurisdizionale: esse creano o modificano immediatamente uno *status*, senza imporre ai singoli un determinato comportamento; sicchè per esse il singolo non può fare altro che subirle, senza avere la possibilità pratica di provocare, per poi impugnarlo, il provvedimento concreto che

---

(10) Milano, Giuffrè, 1955, p. 11, nota 15; p. 87, note 266 e 267.

le attui, o di violarle deliberatamente per provocare a suo carico la applicazione giurisdizionale della sanzione. Si pensi, per esempio, a certe leggi elettorali che siano in contrasto col principio costituzionale della uguaglianza del voto, o che modifichino, in contrasto colla Costituzione, l'età occorrente per acquistare l'elettorato attivo o passivo; in questi casi il giudizio-cavia non è facilmente immaginabile. Contro la legge elettorale maggioritaria, secondo la quale furono fatte le elezioni politiche del 7 giugno 1953, non era configurabile, nonostante che essa fosse in contrasto coi principî costituzionali, un giudizio-cavia provocato per questo motivo da un elettore prima che le elezioni fossero avvenute: dopo le elezioni forse (se il premio di maggioranza fosse stato raggiunto), uno dei candidati non eletti avrebbe potuto tentare di ricorrere alla Giunta delle elezioni, per sostenere che, se le elezioni fossero state fatte in base a una legge elettorale rispettosa del principio della uguaglianza del voto, i resultati elettorali sarebbero stati diversi, e arrivare per questa via a sollevare la pregiudiziale di illegittimità costituzionale della legge adottata (11). Ma a parte la assurdità politica di un siffatto tentativo, volto a rimettere in discus-

---

(11) Cfr. CAPPELLETTI. *op. cit.*, p. 29 e ss., p. 87.

Per toccare con mano la maggiore efficienza che il sindacato costituzionale ha in quegli ordinamenti che non impongono, come quello italiano, il passaggio obbligato della pregiudiziale in sede giudiziaria, può valere un esempio pratico. Nel disegno di legge elettorale politica attualmente in discussione alla nostra Camera (presentato il 16 novembre 1954 dall'allora ministro Scelba) vi è nell'art. 33 una disposizione che fa una situazione di privilegio ai partiti « che nella precedente « elezione della Camera dei deputati hanno ottenuto almeno un seggio », ammettendoli alla repartizione dei seggi in sede nazionale anche se non hanno raggiunto la cifra di almeno 500.000 voti validi, in difetto della quale, invece, gli altri partiti non sono ammessi a tale repartizione. Questa disposizione è sfacciatamente in contrasto coi principî costituzionali dell'uguaglianza del voto e dell'uguaglianza dei partiti; ma se questo articolo sarà approvato, la Corte costituzionale non potrà far nulla contro di esso, perchè non si vede quale potrebb'essere il mezzo per istituire un giudizio individuale in cui la questione di legittimità di questo articolo possa esser sollevata in via pregiudiziale.

Anche in Germania era stato fatto un tentativo simile, coll'art. 26 comma 1° della legge elettorale politica 8 luglio 1953, col quale si stabiliva una specie di « maggiorascato elettorale » a favore dei partiti già rappresentati da almeno cinque deputati, i quali potevano partecipare alle nuove elezioni mediante la presentazione di liste elettorali firmate dalla sola direzione locale del partito, mentre gli altri partiti non privilegiati dovevano presentarsi con liste firmate da almeno 500 elettori del luogo. Ma il *Bundesverfassungsgericht* ha annullato questa disposizione, perchè ha ritenuto che perfino questa differenza di formalità nella presentazione delle liste fosse contraria al § 38 della Costituzione di Bonn, che stabilisce per le elezioni il principio dell'uguaglianza della votazione (*Bundesgesetzblatt*, 1953, I, p. 914).

sione l'esito di una lotta elettorale già scontata e irrevocabile, è certo che il più grave ostacolo giuridico sarebbe stato costituito dalla difficoltà di dimostrare la legittimazione attiva del ricorrente e la legittimazione passiva del possibile contraddittore (12).

Quando una legge costituzionalmente illegittima incida su rapporti interindividuali di diritto privato (per esempio una legge che, in contrasto coll'art. 29 della Costituzione, limitasse, col ristabilimento della autorizzazione maritale, la capacità della moglie), ritengo che per arrivare a farne dichiarare la inefficacia dalla Corte costituzionale sarebbe ammissibile un'azione di mero accertamento (13) colla quale il soggetto minacciato nel suo diritto (nell'esempio portato sopra, la moglie minacciata nella sua capacità) chiedesse al giudice ordinario di dichiarare che questo diritto è rimasto integro nonostante la nuova legge costituzionalmente illegittima; e in questo modo sarebbe aperta la strada per arrivare a farla dichiarare inefficace dalla Corte costituzionale. Qui l'interesse ad agire sarebbe dato dalla menomazione dello *status* individuale prodotta dalla nuova legge: e il legittimo contraddittore sarebbe senz'altro il marito.

Ma in altri casi, specialmente quando si trattasse di leggi attinenti allo *status civitatis* o addirittura all'ordinamento degli organi costituzionali, neanche l'espediente dell'azione preventiva di mero accertamento sarebbe configurabile, per la assoluta impossibilità di trovare il *legitimus contradictor* contro il quale instaurare il processo-espediente. Per fare un caso limite, si pensi alla ipotesi di una legge ordinaria modificatrice dell'età richiesta dall'art. 84 della Costituzione per la eleggibilità a presidente della Repubblica: è evidente che questa modificazione di una norma costituzionale fatta mediante una legge ordinaria sarebbe costituzionalmente illegittima; ma è altrettanto evidente che per farne dichiarare la inefficacia nessuna *fictio litis* preventiva sarebbe possibile!

7. — Da quanto ho detto finora risulta abbastanza chiaramente che nel sistema adottato in Italia la tutela del cittadino contro la illegittimità costituzionale è imperfetta e lacunosa: contrariamente a quello che avviene in altri ordinamenti, ove la « giurisdizione costituzionale

---

(12) CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 13, nota 18.

(13) In questo senso CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 12, nota 18; si intende che oggetto immediato di questa azione individuale di mero accertamento (*positivo*) sarebbe il diritto soggettivo dell'attore, la questione è diversa da quella della possibilità, che l'ESPOSITO giustamente nega (*La Costituzione italiana - Saggi*, 1954, p. 280), di proporre in via principale alla Corte un'azione di mero accertamento (*negativo*) della inefficacia della legge viziata da illegittimità costituzionale.

della libertà » (14) è ben altrimenti compiuta, rimangono nel nostro sistema larghe zone di leggi che sfuggono al controllo di legittimità della Corte costituzionale, per la impossibilità (o l'estrema difficoltà) di provocare in sede giudiziaria una controversia individuale in cui venga in questione l'applicabilità di quella legge, e in cui quindi sia sollevabile in via incidentale la pregiudiziale di incostituzionalità.

Per fare arrivare queste leggi al sindacato (preventivo) della Corte costituzionale non c'è che un mezzo: quello del rifiuto del presidente della Repubblica di promulgare una legge che egli ritenga viziata da illegittimità costituzionale.

L'art. 74 della Costituzione dà espressamente al presidente della Repubblica il potere di rimandare una legge alle Camere senza promulgarla, chiedendo, con messaggio motivato, una nuova deliberazione; ma questo, a norma dell'art. 74, può avvenire una volta sola; perchè « se le Camere approvano nuovamente la legge, questa deve « essere promulgata ».

Senonchè par logico ritenere che questa disposizione sia dettata *soltanto per le leggi costituzionalmente legittime*. Il dovere del presidente di promulgare senz'altro la legge che le Camere abbiano nuovamente approvato nonostante il primo rinvio, si riferisce ai casi nei quali il primo rinvio sia stato motivato non da ragioni attinenti alla difesa della Costituzione, ma da ragioni di opportunità politica che il presidente abbia spiegato nel suo primo messaggio motivato. Ma se la ragione per la quale il presidente si è rifiutato una prima volta di promulgare la legge è la sua incostituzionalità, non si riesce a vedere come potrebbe il presidente esser costretto a promulgarla, solo perchè le Camere persistano in una aperta violazione di quella Costituzione di cui il presidente è l'organo tipicamente garante. Si faccia l'ipotesi di una legge ordinaria che abolisca la libertà di stampa o la libertà di voto; se dopo un primo messaggio con cui il presidente l'avesse rimandata alle Camere, queste insistessero nell'approvarla come legge ordinaria, la legge non cesserebbe per questo di essere un attentato alla Costituzione: come potrebbe il presidente essere obbligato a rendersi complice, col promulgarla, di questo attentato, del quale egli stesso potrebbe poi essere imputato per l'art. 90 della stessa Costituzione?

In un caso come questo il presidente non solo potrà, ma dovrà rifiutarsi, anche dopo la seconda deliberazione delle Camere, di promulgare la legge costituzionalmente illegittima; nascerà in tal caso un conflitto tra il presidente della Repubblica e il Parlamento, cioè

---

(14) Cfr. CAPPELLETTI, *op. cit.*

uno di quei « conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato », dei quali anche è giudice la Corte costituzionale (art. 134, secondo alinea della Cost.). E spetterà allora alla Corte decidere prima di tutto se il presidente della Repubblica abbia in generale il potere di rifiutare anche dopo una nuova deliberazione delle Camere la promulgazione di una legge ordinaria contraria alla Costituzione; e in particolare, ove a questa prima domanda sia data risposta affermativa, spetterà alla Corte decidere se la legge in questione sia o non sia in contrasto colla Costituzione, e quindi se il presidente abbia in quel caso concreto il potere di rifiutare la promulgazione di quella legge (art. 38 l. 11 marzo 1953, n. 87) (15).

§ II. — Repartizione di competenza tra Corte costituzionale e Autorità giudiziaria.

8. — A delicati problemi di repartizione di competenza tra la Corte costituzionale e l'Autorità giudiziaria apre l'adito il principio posto dall'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, tradotto in compiuta norma processuale nell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87: quel principio secondo il quale, se venga sollevata in un giudizio la pregiudiziale di incostituzionalità, il giudice deve rimettere la decisione alla Corte costituzionale solamente quando « il giudizio « non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della « questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione « sia manifestamente infondata ».

Questa norma attribuisce dunque alla Corte costituzionale la competenza *esclusiva* a dichiarare *erga omnes* la illegittimità costituzionale di una legge; ma riserva all'Autorità giudiziaria una competenza *in limine* che riguarda due punti: la rilevanza di quella legge in quella controversia, e la fondatezza *prima facie* della eccezione di illegittimità.

9. — Sul punto della *rilevanza*, anche se non fosse dettata una apposita norma, già dalla dottrina era stato osservato che, per una regola comune a tutte le pregiudiziali sollevate in via incidentale, il giudice ordinario o speciale dinanzi al quale fosse sollevata la pregiudiziale di illegittimità costituzionale avrebbe dovuto accertare preliminarmente la rilevanza in concreto di tale questione sulla controversia in corso (16).

Questo esame preliminare di rilevanza verterà, nella massima parte dei casi, sul *merito* della controversia, cioè sulla applicabilità della

---

(15) Piccardi, *scritto cit.*, p. 13.

(16) Cfr. *Illegittimità* cit., p. 47 e ss.

legge ritenuta illegittima al rapporto sostanziale controverso: in una causa in cui si discuterà se il lavoratore licenziato perchè scioperante abbia diritto all'indennità di licenziamento, apparirà rilevante la pregiudiziale di illegittimità costituzionale avente per oggetto la legge ordinaria che, per ipotesi, abbia ristabilito, in contrasto coll'art. 40 della Costituzione, il divieto di sciopero: decidere se il licenziamento sia stato fondato su giusta causa dipenderà qui dalla validità di quella legge.

Ma potrà anche avvenire che in certi casi la pregiudiziale di illegittimità investa non leggi attinenti al rapporto sostanziale che il giudice debba applicare *in iudicando,* ma leggi attinenti alle forme processuali che il giudice sia tenuto a osservare *in procedendo;* o attinenti alla sua competenza, o alla competenza di quell'organo amministrativo di cui, dinanzi all'autorità giurisdizionale, si impugna il provvedimento.

Anche in questi casi dovrebbe essere riconosciuta la rilevanza della pregiudiziale. Se, per esempio, fosse stata approvata una legge processuale che, in contrasto coll'art. 24 della Costituzione, sopprimesse in certi giudizi il diritto inviolabile alla difesa, la pregiudiziale di illegittimità costituzionale diventerebbe rilevante nel processo in cui il giudice, in osservanza di tale legge, volesse impedire la partecipazione dei difensori; e in un processo dinanzi a un tribunale militare per uno di quei reati commessi da persone non in servizio alle armi, che tuttora sono attribuiti alla giurisdizione militare, sarebbe rilevante la pregiudiziale di illegittimità contro la legge che ha regolato in quel modo la repartizione di competenza fra i tribunali militari e i tribunali comuni.

Certo è in ogni modo che questo giudizio preliminare sulla rilevanza della pregiudiziale di legittimità costituzionale appartiene *in maniera esclusiva* alla competenza della Autorità giudiziaria, cioè alla competenza dell'organo giurisdizionale, ordinario o speciale, dinanzi al quale è in corso il giudizio individuale. Una volta che l'autorità giudiziaria abbia ritenuto la rilevanza, e in considerazione di essa abbia sospeso il giudizio individuale, la Corte costituzionale è investita della questione di illegittimità costituzionale *in generale,* « nei limiti della impugnazione » (art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87), *ma senza più alcun riferimento alla controversia concreta che ha dato occasione alla denuncia di incostituzionalità.* Oggetto della indagine della Corte costituzionale è la legge in generale, l'atto legislativo in sè, non la controversia concreta, nè la applicabilità di quella legge alla controversia rimasta in sospeso dinanzi all'Autorità giudiziaria. Quel che si dice per la indagine preliminare sulla rilevanza vale per tutte le questioni di interesse ad agire o a contraddire, e di legittimazione

attiva o passiva delle parti in causa: *la Corte costituzionale non ha competenza a conoscerne.* Appena passata per lo stretto pertugio del giudizio individuale, la questione di legittimità costituzionale si dilata e riprende dinanzi alla Corte costituzionale le sue naturali dimensioni di questione attinente alla efficacia della legge *erga omnes,* non alla sua concreta applicazione *inter partes.*

Se a qualcuno venisse in mente, per una certa apparente simmetria di posizioni, di fare un parallelo tra il modo con cui la legge è presa in considerazione dalla Corte costituzionale e dalla Corte di cassazione, non sarebbe esatto dire che tanto alla Corte di cassazione quanto alla Corte costituzionale la legge si presenta come *thema decidendum* in astratto, colla sola differenza che la Corte costituzionale la giudica per annullarla, mentre la Corte di cassazione la giudica per interpretarla. In realtà mentre la Corte costituzionale giudica la legge per annullarla *erga omnes,* la Corte di cassazione giudica la legge per interpretarla *inter partes*: il che significa che la sua interpretazione, anche se è enunciata in forma di massima, deve per forza essere sempre aderente al caso concreto, mentre la Corte costituzionale deve ignorare il caso concreto, dal quale ormai la legge, quando è sottoposta al sindacato costituzionale, deve considerarsi avulsa. La Corte di cassazione è chiamata a risolvere il problema della relazione che passa tra la legge e il caso concreto; la Corte costituzionale è chiamata a risolvere il problema della relazione che passa tra la legge e la Costituzione, e il caso concreto serve soltanto a procurarle la *occasione iniziale* che le permette di venire a contatto con questo problema.

Per questo io penserei che sul giudizio di legittimità che dovrà svolgersi dinanzi alla Corte costituzionale non possono più avere ripercussione alcuna, una volta che la denuncia sia salita ritualmente fino ad essa, le vicende processuali che in un momento successivo possano svolgersi *inter partes* nel giudizio che ha dato occasione alla questione incidentale, e che è rimasto per questo in sospeso: se per esempio le parti, nel periodo di sospensione che potrà essere anche assai lungo, perderanno la pazienza e riterranno più saggio transigere subito invece di aspettare ancora, non credo che questo possa aver qualche effetto sul giudizio di legittimità ormai pendente dinanzi alla Corte costituzionale, il quale ormai andrà avanti per conto suo nell'interesse pubblico, anche se non sarà più stimolato e sorretto dall'interesse privato delle parti. Lo stimolo dell'interesse privato è indispensabile al momento del passaggio, come condizione iniziale, si direbbe, per il rilascio del visto d'entrata; ma una volta ottenuto il lasciapassare, il giudizio di legittimità sfugge al potere di disposizione delle parti. L'interesse individuale è la miccia; ma il giudizio di legittimità, una volta

acceso, brucia per conto suo: come nella favola dell'*apprenti sorcier*, il giudizio di legittimità, una volta ritualmente istituito, non si può più fermare per volontà individuale di chi l'ha evocato.

10. — Assai più difficile è stabilire i limiti delle rispettive attribuzioni tra Corte costituzionale e Autorità giudiziaria in tema di *fondatezza* della pregiudiziale di illegittimità costituzionale.

Qui la competenza lasciata alla Autorità giudiziaria è una competenza dimezzata, asimmetrica: una competenza, si potrebbe dire con una espressione tolta dal traffico stradale, *a senso unico*. L'Autorità giudiziaria ha competenza per mantener ferma la legge, che sarebbe il senso permesso, non per annientarla, che sarebbe il senso vietato. Può dichiarare *inter partes* la legittimità costituzionale della legge applicabile al caso; ma non ha neanche *inter partes* il potere di dichiararne la illegittimità. E, anche se va secondo il senso permesso, questa sua competenza asimmetrica non è una competenza piena: è soltanto una competenza delibativa, superficiale. Bisogna che la legittimità costituzionale della legge appaia al giudice *prima facie* indiscutibile, senza bisogno di stare a ripensarci su. Se soltanto gli si affaccia un dubbio, se gli pare che la fondatezza della pregiudiziale sia probabile, ma non manifesta, non lampante come il sole, bisogna che il giudice si fermi. In questa materia, giudice dei dubbi è solo la Corte costituzionale.

Altrettanto si può dire, quando, essendo stata proposta, dinanzi a un organo giurisdizionale, la eccezione di illegittimità costituzionale, sorga dubbio sulla natura dell'atto di cui si eccepisce la illegittimità (17): se sia una legge (o un atto avente forza di legge), oppure se sia un provvedimento amministrativo. E così quando la legge da applicare si presti ad essere interpretata in due modi, di cui soltanto uno la farebbe apparire in contrasto colla Costituzione: in questi casi, se il giudice non riterrà « manifestamente infondata » la eccezione di illegittimità, il dubbio sulla natura del provvedimento o sulla interpretazione da dare alla legge, mi pare che non potrà essere risolto che dalla Corte costituzionale.

Si deve dunque concludere che non esiste più nel nostro ordinamento, da quando c'è la Corte costituzionale, la possibilità di una decisione giurisdizionale che dichiari *inter partes*, con effetti limitati al caso controverso, la illegittimità costituzionale di una legge ordinaria: la illegittimità costituzionale non può essere ormai più dichia-

---

(17) La questione è già sorta in pratica varie volte: per i provvedimenti del C.I.P., per le espropriazioni della riforma agraria, ecc.

rata altro che con decisione avente effetti generali cioè praticamente legislativi: e quindi *soltanto dalla Corte costituzionale.* Mentre la affermazione della legittimità costituzionale di una legge rimane ancora nell'ambito della funzione giurisdizionale, la negazione di questa legittimità sconfina ormai nel territorio di un'altra funzione, che per la generalità dei suoi effetti equivale (o somiglia) a quella legislativa.

Ma questa distinzione, che pare così semplice, costituisce in realtà, nella delimitazione di attribuzioni tra Autorità giudiziaria e Corte costituzionale, uno dei problemi più delicati e difficili: ed è facilmente prevedibile che sarà questo uno dei primi problemi che la Corte costituzionale dovrà affrontare all'inizio dei suoi lavori.

11. — La delicatezza del problema deriva da questo. La nostra Costituzione adopera la frase generica di « illegittimità costituzionale » (un tempo si diceva « incostituzionalità ») per indicare insieme diverse figure di collisione tra norme giuridiche (18). Nota comune a queste diverse figure è quella di presentare un contrasto tra una disposizione costituzionale e una legge ordinaria; ma il contrasto può riguardare o la *formazione* o il *contenuto* di questa legge: e quando riguarda il contenuto, il contrasto può darsi tra la Costituzione e una legge ordinaria *preesistente,* oppure tra la Costituzione e una legge ordinaria *successiva* (19).

Si tratta di tre posizioni diverse che richiedono un sindacato costituzionale di natura diversa, anche se il nome è uno solo.

Quando la illegittimità costituzionale consiste in una irregolarità intervenuta nel procedimento di formazione della legge, questa, indipendentemente dal suo contenuto, è affetta da un vizio di attività, da un *error in procedendo,* in una situazione in un certo senso simile a quella della sentenza pronunciata alla fine di un processo in cui non siano state rispettate le norme dettate a pena di nullità dal Codice di procedura. Qui il sindacato di legittimità costituzionale è un sindacato, come si dice, *formale,* che colpisce la formazione della legge e non ne valuta il contenuto.

Quando invece la illegittimità costituzionale attiene al contenuto della legge e il sindacato, come si dice, ha carattere *sostanziale* o *materiale,* allora il contrasto è in sostanza un'antinomia, un conflitto tra comandi opposti: e in questo conflitto tocca alla legge ordinaria soccombere.

---

(18) *Illegittimità* cit., n. 7, p. 15 e ss.

(19) Cfr. Esposito, *La Costituzione italiana* cit., p. 272; Azzariti, *Problemi costituzionali* cit., p. 186 e ss.

Senonchè, arrivati a questo punto, ci si accorge che il contrasto di contenuto tra la legge costituzionale e la legge ordinaria ha natura molto diversa, secondochè la legge ordinaria sia *anteriore* o *posteriore* alla Costituzione. Nel primo caso la legge, *regolarmente* emanata prima che la Costituzione esistesse, è nata valida e legittima secondo l'ordinamento vigente nel tempo in cui è nata; con essa il legislatore di quel tempo ha regolarmente esercitato nelle forme prescritte il potere che gli competeva; ma il contrasto verificatosi posteriormente tra la legge valida e la norma costituzionale sopraggiunta può apparire come uno di quei casi di successione di leggi, che portano alla *abrogazione* della prima per incompatibilità colla legge successiva (art. 15 Disp. sulla legge in generale). Nel secondo caso invece la legge ordinaria contrastante colla norma costituzionale (la quale, dato che si tratta di Costituzione rigida, deve sempre, nel contrasto, necessariamente prevalere) è nata fino da principio viziata da un errore di giudizio, analogo all'*error in iudicando* del giudice, perchè il legislatore ordinario, al quale la Costituzione rigida prescrive certi limiti invalicabili, non poteva validamente emanarla al di là di quei limiti.

Questa distinzione, ove si volesse portare alle sue logiche conseguenze, consiglierebbe di distinguere secondo il diverso oggetto preso in esame dalla Corte sindacatrice, tre tipi di sindacato costituzionale, che potrebbero denominarsi:

a) sindacato sulla *formazione* costituzionale della legge;

b) sindacato sulla *incompatibilità* costituzionale della legge;

c) sindacato sulla *illegittimità* costituzionale della legge, riservando questa terza denominazione, *stricto sensu*, al sindacato costituzionale sulle leggi posteriori alla Costituzione, che nel loro contenuto siano in contrasto con qualche precetto di essa.

12. — Ma la nostra Costituzione *non fa differenza tra questi tre tipi di sindacato costituzionale*: essa si limita a dire che, qualunque sia il tipo di collisione, la legge ordinaria che si trova in uno qualunque di questi tre tipi di contrasto colla norma costituzionale perde efficacia dal giorno successivo a quello in cui la Corte costituzionale ha riconosciuto la sua illegittimità.

Questa disposizione dell'art. 136 della Costituzione, che un eminente costituzionalista, l'Esposito, ha definito un « interessante indovinello », ha da principio indotto qualcuno a pensare che se la legge viziata da illegittimità costituzionale perde efficacia da quel giorno, vuol dire che fino a quel giorno era efficace; in modo che la pronuncia della Corte costituzionale, che le toglie *ex nunc* efficacia, equivarrebbe in sostanza a una abrogazione. Ma poi, per evitare le assurde

conseguenze di questa in sè ovvia interpretazione (20), la legge 11 marzo 1953, n. 87 ha creduto di eliminare i « tormentosi dubbi » ai quali aveva dato luogo questo articolo (21), stabilendo, all'art. 30 penultimo comma, che « le norme dichiarate incostituzionali non possono avere *applicazione* dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione »: con che si è voluto dire che anche per i rapporti anteriori che non siano coperti dal giudicato, la dichiarazione di inefficacia ha effetto *retroattivo*, in modo che anche per quei rapporti, la legge dichiarata illegittima si deve considerare come *non mai esistita*.

In questo modo la dichiarazione di inefficacia *ex nunc*, come sembrava fosse chiaramente voluta dall'art. 136 della Costituzione, si è trasformata, in virtù di quell'art. 30, in una dichiarazione di nullità *ex tunc*: la abrogazione, voluta dalla Costituzione, è diventata un *annullamento*.

Ci sarebbe da domandarsi se questa metamorfosi di un articolo della Costituzione, operata con legge ordinaria, sia costituzionalmente legittima (22): anche a pigliarla come una interpretazione autentica, sembra che qui sarebbe occorsa, per questa interpretazione della Costituzione, una legge costituzionale, non una legge ordinaria. Ma, lasciando da parte questa questione, che verrebbe a complicare sempre più la faccenda già abbastanza intricata, si può osservare che questo art. 30 non ha eliminato il problema, ma l'ha soltanto spostato.

Per l'art. 136 della Costituzione le leggi, anche se viziate da illegittimità costituzionale, erano considerate *efficaci* fino al giorno della dichiarazione di illegittimità, e diventavano *inefficaci* dal giorno successivo; per l'art. 30 della legge 11 marzo 1953 le leggi fino al giorno della dichiarazione di illegittimità sono *applicabili*, e diventano *inapplicabili* dal giorno successivo. Dunque, quantunque la dichiarazione di illegittimità sia in realtà un annullamento *retroattivo* che « non crea « ma riconosce soltanto la loro invalidità, non le rende nulle, ma rende « certa la loro nullità » (23), l'art. 30 viene a dire che anche le leggi *nulle*, fino a che la loro nullità non sia stata dichiarata dalla Corte costituzionale, *devono essere applicate. Nulle, ma applicabili.* Come si spiega questa contraddizione? L'Esposito (24) ha cercato di spiegarla

---

(20) Cfr. *Illegittimità*, n. 20, p. 72 e ss.; n. 24, p. 92 e ss.; Esposito, *La Costituzione italiana* cit., p. 269 e ss.; Azzariti, *Problemi* cit., p. 186 e ss.; Piccardi, *Scritto cit.*, pp. 20-21.

(21) Relaz. alla Camera dell'on. Tesauro alla l. 11 marzo 1953, n. 87, riportata in « Lex », 1953, vol. I, p. 2ª, p. 83.

(22) Piccardi, *scritto cit.*, p. 21.

(23) Esposito, *op. cit.*, p. 271.

(24) *Op. cit.*, p. 270.

col riasumere il concetto di *esecutorietà* della legge in contrapposto al concetto di *validità*. Anche le leggi incostituzionali, fino alla proclamazione della Corte, *sono invalide ma esecutorie*. La decisione della Corte, che nel riconoscere la loro invalidità *ex tunc*, ha effetto meramente dichiarativo, ha però anche, insieme, un effetto costitutivo, in quanto toglie ad esse, ma solo *ex nunc*, la esecutorietà (25).

13. — Non solo i cittadini, ma anche le autorità amministrative e gli organi giudiziarî si possono dunque trovare di fronte, dopo l'entrata in funzione della Corte costituzionale, a leggi che pur essendo per svariati motivi (formali o sostanziali) nulle per illegittimità costituzionale, devono tuttavia essere osservate e fatte osservare, cioè applicate, fino a che la Corte costituzionale non abbia dichiarato la loro nullità. *Sono leggi invalide, ma sulla loro validità è vietato indagare fino a che su di esse non si sia pronunciata la Corte costituzionale* (26): *e questo divieto vale anche per l'Autorità giudiziaria.*

Questa proposizione appare specialmente grave nei confronti dell'autorità giudiziaria: i cui poteri appaiono indubbiamente, dopo la entrata in funzione della Corte costituzionale, menomati in confronto con quelli che erano prima. All'Autorità giudiziaria è sempre spettato tipicamente, salvi momenti eccezionali come quello del *référé législatif* obbligatorio (27), l'ufficio di interpretare la legge da applicare al caso; ma la prima fase della interpretazione giudiziaria è quella di accertare (*incidenter tantum*) l'esistenza della legge: e accertare l'esistenza della legge ha sempre significato accertare se la legge è nata formalmente valida (sindacato formale di costituzionalità), e soprattutto ha sempre significato accertare *se la legge sia sempre in vigore oppure abbia cessato di aver vigore per abrogazione derivante da un'altra legge successiva.*

Si è già detto che gli organi giurisdizionali, ordinarî o speciali, supplendo vicariamente, come si è visto, alla Corte costituzionale mancante, hanno esercitato in questi anni in luogo di essa (ma sempre e soltanto in via incidentale) tutte le forme tipiche di sindacato costituzionale che la Costituzione riserva alla Corte costituzionale: non solo il sindacato formale, ma anche quello materiale: e quest'ultimo non solo sulle leggi anteriori alla Costituzione, ma anche sulle leggi successive. Ma solo questa terza forma di sindacato, inconcepibile in una costituzione elastica, è stata una innovazione introdotta dal nuovo

---

(25) Si tratterebbe, secondo il CAPPELLETTI, *op. cit.*, pag. 119, di sentenza « costitutiva necessaria ».

(26) ESPOSITO, *op. cit.*, p. 271.

(27) Cfr. *Illegittimità*, cit., p. 71 .

ordinamento costituzionale: anche prima di essa l'Autorità giudiziaria aveva il potere di sindacare la regolarità formale delle leggi, e aveva il potere di accertare se una legge anteriore fosse stata abrogata da una legge successiva. In realtà, grandissima parte delle questioni di legittimità costituzionale che in questi anni di vacanza della Corte costituzionale sono state portate *incidenter tantum* dinanzi alla Magistratura ordinaria (e specialmente dinanzi alla Corte di Cassazione) hanno avuto per oggetto leggi *anteriori alla Costituzione*, che si sosteneva fossero state abrogate per incompatibilità colle norme costituzionali; e la distinzione tra norme precettive e norme programmatiche della Costituzione è stata in sostanza una distinzione attinente alla *efficacia abrogativa* delle norme costituzionali, per stabilire in quali casi la norma costituzionale, avente effetto precettivo, portava senz'altro all'abrogazione delle leggi anteriori e in quali casi no. (Si noti che a questo esame l'autorità giudiziaria ordinaria sarebbe stata obbligata anche se la Costituzione non avesse esplicitamente regolato il sindacato di legittimità costituzionale; perchè, essendo la Costituzione anch'essa una legge, i giudici avrebbero dovuto accertare, *incidenter tantum*, se questa legge posteriore avesse abrogato e in che limiti le leggi anteriori).

Ma, ora che questo periodo di provvisorietà è terminato, la entrata in funzione della Corte costituzionale non consente più alla autorità giudiziaria (Disp. trans. VII, comma 2° della Cost.) di continuare a esercitare, neanche *incidenter tantum*, il sindacato di legittimità costituzionale in nessuno dei suoi tre tipi sopra distinti, cioè neanche in quei due tipi che rientravano, sotto il precedente ordinamento, nei poteri normali del giudice. La questione di legittimità costituzionale, dice l'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 « è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione »: e questo articolo non distingue se si tratti di sindacato intrinseco o estrinseco, di legge anteriore o successiva alla Costituzione. Le questioni di legittimità costituzionale, anche se riguardano la nullità formale delle leggi o se riguardano la abrogazione di leggi anteriori incompatibili colla Costituzione sopravvenuta, *sono oramai sottratte all'Autorità giudiziaria*. L'Autorità giudiziaria, se le potesse decidere, dovrebbe deciderle *incidenter tantum;* ma, dopo l'entrata in esercizio della Corte costituzionale, queste questioni *non possono più essere decise incidenter tantum*: quando si presentano, debbono essere rimesse inevitabilmente alla Corte costituzionale, perchè le risolva una volta per sempre *erga omnes* (28).

---

(28) Cfr. la mia *Illegittimità*, p. 87 e ss.; AZZARITI, *Problemi* cit., pp. 188-189;

14. — Non mi dissimulo che questa soluzione può, *prima facie*, ingenerare qualche perplessità: com'è possibile togliere al giudice il potere di accertare, agli effetti del caso che deve decidere, se la legge che sta per applicare al caso sia esistente, se abbia cioè i requisiti essenziali di forma prescritti dalla Costituzione affinchè esista un atto legislativo valido? E com'è, soprattutto, possibile togliere al giudice il potere di accertare caso per caso se la legge che egli sta per applicare sia stata abrogata dalla Costituzione? E non si verrà con questo a togliere al giudice una frazione essenziale del potere giurisdizionale, proprio come avvenne quando durante la rivoluzione francese si pretese di togliergli col *référé* obbligatorio il potere di interpretare la legge, ma poco dopo si dovè capire che con questa limitazione la funzione del giudice veniva ad essere mutilata e isterilita?

Di fronte a queste gravi obiezioni qualcuno ha suggerito un sistema intermedio: alla Corte costituzionale il potere di decidere *erga omnes* le questioni di illegittimità costituzionale sia riservato solo quando riguarda le leggi posteriori alla Costituzione; sia riservato, insomma, il sindacato di *legittimità in senso stretto*. Il sindacato di *formazione* (29) e quello di *incompatibilità* sulle leggi anteriori alla Costituzione (30) dovrebbero rimanere di competenza dell'Autorità giudiziaria, che potrebbe continuare a esercitarlo, *incidenter tantum*, come per il passato.

Ma questa soluzione di compromesso mi sembra inaccettabile per una serie di ragioni a mio avviso insuperabili: alcune di carattere strettamente giuridico, altre attinenti alla opportunità politica, cioè a quell'alto senso politico, che nel decidere le questioni costituzionali non può mai essere trascurato.

15. — Sotto l'aspetto strettamente giuridico, oltre che il testo categorico della Costituzione e della legge costituzionale 9 febbraio 1948 (le quali, senza ammettere distinzioni, prescrivono che tutte le questioni di legittimità costituzionale, quando sorgano in un giudizio, siano rimesse alla Corte costituzionale) giova il considerare che il problema del contrasto tra una legge ordinaria anteriore e una norma costituzionale sopravvenuta non può ridursi sempre a un mero problema di abrogazione, riconducibile all'art. 15 delle Disp. sulla legge in generale. Questo articolo fa l'ipotesi che, *nell'interno di un ordinamento rimasto immutato nei suoi principî costituzionali*, una legge

---

GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime* (estr. da « Jus », settembre 1951), n. 14.

(29) RANELLETTI, *Istituz. di dir. pubblico*, 13ª ed., II, III.

(30) VIRGA, in « Rassegna di diritto pubblico », 1948, I, 280.

posteriore ordinaria, anche se non abroga per dichiarazione espressa del legislatore la legge ordinaria precedente, sia però incompatibile con essa: e quindi, in questa precisa e puntuale impossibilità di coesistenza di due leggi ordinarie che si contraddicono, lascia in vigore quella successiva.

Ma l'art. 15 non prevede il caso (che al momento in cui quell'articolo fu scritto non poteva presentarsi nei termini in cui si presenta oggi) di incompatibilità tra leggi ordinarie e leggi costituzionali. La incompatibilità prevista dall'art. 15 deriva dal contrasto, dall'*antinomia* tra due leggi *ugualmente ordinarie,* che, in sè considerate, sono nate da un identico procedimento formativo e al momento della loro nascita hanno avuto inizialmente identica efficacia giuridica: sicchè, nel contrasto tra queste due leggi dotate di pari efficacia iniziale, il criterio di prevalenza è dato dalla successione nel tempo; la legge posteriore prevale su quella anteriore con essa incompatibile: *lex posterior derogat priori.*

Ma nel caso di incompatibilità tra una legge ordinaria e una legge costituzionale, il contrasto si rivela (quando la Costituzione sia rigida com'è la nostra) tra una legge *meno resistente* e una legge *più resistente*: tra una legge giuridicamente *meno dura,* per così dire, e una legge *più dura.* Nell'urtare contro la Costituzione, la legge ordinaria è destinata ad infrangersi *nello stesso modo,* senza distinguere se sia anteriore o posteriore alla Costituzione. La ragione per la quale, in caso di incompatibilità tra una legge ordinaria e una norma costituzionale, la Costituzione deve in ogni caso prevalere, non è una ragione di successione cronologica: è una ragione di *intrinseca efficacia,* di fronte alla quale la priorità o la posteriorità, che è l'unico criterio tenuto presente dall'art. 15, non ha più valore decisivo. Il problema non è più un problema di successione di leggi, ma è un problema diverso e più alto, il problema delle relazioni tra la legge ordinaria e la legge costituzionale.

Quando si dice che anche la Costituzione è una legge, e che quindi, se una legge ordinaria precedente è incompatibile colla Costituzione entrata in vigore posteriormente, questo sarebbe un problema di abrogazione per incompatibilità, il problema viene in questo modo a rimpiccolirsi: perchè in realtà qui la legge ordinaria incompatibile colla Costituzione viene a perdere efficacia non solo e non tanto perchè la Costituzione è venuta dopo, ma soprattutto perchè la norma costituzionale è una norma che di per se stessa ha un valore giuridico prevalente. Il raffronto che qui deve fare il giudice non riguarda tanto la relazione cronologica tra la legge anteriore e la legge posteriore, quanto la relazione funzionale tra la legge ordinaria e la legge costituzionale, cioè un raffronto che rientra *in toto* (salvo il giudizio

preliminare e delibativo sulla manifesta infondatezza) nella competenza della Corte costituzionale.

Si aggiunga che, anche se si tratta di contrasto tra una legge anteriore e la norma costituzionale sopravvenuta, il problema qui esorbita dai ristretti limiti di quello, previsto dal ricordato articolo 15, della abrogazione per incompatibilità tra leggi ordinarie. La norma costituzionale manca spesso di quella categorica puntualità precettiva che è propria della legge ordinaria, la cui entrata in vigore fa cadere automaticamente per abrogazione il precetto anteriore incompatibile con quello successivo, che prende il suo posto; ma ha spesso, la norma costituzionale, portata insieme più vasta e meno precisa, in quanto, più che a dettare precetti, si allarga a segnare i principî di ordine generale ai quali le leggi ordinarie debbono uniformarsi, sicchè il decidere se una legge ordinaria sia o non sia incompatibile con questi principî non è più un problema specifico di successione di leggi, ma importa una visione e una interpretazione panoramica di tutto l'ordinamento costituzionale dentro il quale la legge ordinaria deve trovarsi, per poter sopravvivere, in una condizione per così dire di *omogeneità costituzionale,* che solo la Corte costituzionale può valutare.

E' nota la distinzione (quella che un valoroso difensore della Costituzione, Achille Battaglia, ha chiamato la « fatale distinzione » (31)) che è stata fatta dalla giurisprudenza della Suprema Corte tra le norme costituzionali *precettive* e le norme costituzionali cosiddette *programmatiche.* Questa distinzione non era mai stata fatta prima della entrata in vigore della Costituzione (32): il problema della incompatibilità tra una norma precettiva anteriore e una norma programmatica posteriore non si era mai presentato prima, perchè questa distinzione tra norme precettive e norme programmatiche non era mai stata fatta per le leggi ordinarie. Il problema è sorto colla Costituzione: quando la Corte di cassazione, pur accorgendosi che queste norme costituzionali cosiddette programmatiche contenevano principî coi quali certe vecchie leggi del regime precedente erano incompatibili, ha ritenuto però che questa incompatibilità non portasse senza altro all'abrogazione delle vecchie leggi, perchè la norma programmatica non conteneva un precetto completo, capace di sostituire il contrario precetto contenuto nella legge precedente e di riempire il vuoto lasciato dalla sua abrogazione (33).

Così il problema dell'abrogazione per incompatibilità si è allar-

---

(31) Achille Battaglia, *Giustizia e politica,* in *Dieci anni dopo,* p. 384.

(32) Cfr. però Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio,* Milano, 1952, introd.

(33) Battaglia, *op. cit.,* p. 385.

gato, di fronte al carattere programmatico di certe norme costituzionali, molto al di là dei limiti in cui tradizionalmente lo poneva l'articolo 15: oggi si tratta di vedere, con indagine molto più ampia, se le leggi ordinarie sopravvissute al regime che le creò e che si ispirarono ai principî costituzionali di quel regime, siano compatibili coi principî fondamentalmente diversi della nuova Costituzione e solo per questo si possano considerare abrogate. Probabilmente, ove si ponesse il problema nei termini tradizionali dell'art. 15, si dovrebbe rispondere di no: e proprio per aver posto il problema in questi ristretti termini la Corte Suprema ha più volte risposto di no. Ma il problema è più vasto: si tratta non della incompatibilità di cui parla l'art. 15, ma di una più profonda eterogeneità che si potrebbe chiamare *incompatibilità costituzionale.* E a questa indagine più penetrante non può esser chiamata altro che la Corte costituzionale.

Anche un costituzionalista dell'autorità del Balladore Pallieri (il quale pure ritiene che, anche di fronte alle norme costituzionali, la competenza della Magistratura ordinaria continui a sussistere quando si resti negli stretti limiti della abrogazione per incompatibilità tra norme puramente precettive) osserva però che « il fatto che la norma « nuova sia una norma costituzionale può facilmente provocare mag- « giori conseguenze e proporre il problema se non siano da ritenere « abrogate norme della legge preesistente, le quali, almeno in parte, « *forse si salverebbero qualora si applicassero solo i normali principî* « *sulla abrogazione delle leggi.* La questione è allora di legittimità « costituzionale e di competenza della Corte costituzionale » (34).

16. — A queste considerazioni strettamente giuridiche, che a parer mio impongono di demandare interamente alla Corte costituzionale il sindacato di legittimità in tutti i suoi aspetti, si aggiungono argomenti di natura storico-politica, il cui peso mi sembra altrettanto considerevole per interpretare su questo punto la portata esatta della Costituzione.

C'è da domandarsi, innanzitutto, per quale ragione, tra i varî possibili sistemi di sindacato costituzionale, la Costituzione italiana, in luogo del sindacato *incidentale diffuso* affidato a tutti gli organi giudiziari, ha scelto, sia pure passando attraverso la fase preliminare in sede giudiziaria, il sistema del sindacato *principale concentrato* in organo unico ed apposito, cioè nella Corte costituzionale: quali vantaggi offre questo sistema? e perchè tutti i possibili contrasti tra leggi ordinarie e norme costituzionali sono stati compresi sotto la nozione generica d'« illegittimità costituzionale »?

---

(34) Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale,* 4ª ediz. (1955), p. 281.

La risposta è ovvia. Mentre il sindacato *diffuso,* affidato alla Magistratura, lascia aperta la possibilità (di cui abbiamo avuto frequente esperienza in questi ultimi anni) di dispareri tra i varî organi giudicanti sulla legittimità costituzionale di una stessa legge e la dichiarazione di illegittimità pronunciata *incidenter tantum* da un giudice lascia in vigore la legge per tutti i possibili casi futuri e aperta la possibilità che un altro giudice, in un'altra controversia, la ritenga legittima e la applichi, il sindacato *accentrato* affidato alla Corte costituzionale dà modo a questa di risolvere *una volta per sempre* la questione con una dichiarazione valevole *erga omnes,* che non lascia dietro di sè strascichi di dubbio: la legge dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale *non esiste più,* e ogni disformità di opinioni intorno ad essa è senz'altro tagliata alla radice. Il sistema è stato voluto così perchè, una volta sollevata in un giudizio una questione di illegittimità costituzionale che non sia manifestamente infondata, basta questo a gettare sulla legge un'ombra di discredito, che fa sorgere l'interesse pubblico a una decisione *erga omnes* del dubbio. La questione ha tale rilevanza d'ordine generale, che una volta affiorata non può più rimanere limitata nella ristretta cerchia di un giudizio incidentale. Disformità di pareri su quell'argomento non sono da quel momento più consentite: la questione di legittimità costituzionale non può essere decisa che in un modo, una volta per sempre e una volta per tutti.

E' un pericolo per la certezza del diritto e una menomazione del principio di legalità il tollerare (come si è dovuto fare in questi anni, fino a che la Corte costituzionale non era entrata in esercizio) che certe leggi, dichiarate illegittime in via incidentale e quindi inapplicabili da qualche giudice più coraggioso, continuino ad essere applicate in casi assolutamente simili da qualche altro giudice più prudente, e che continuino così a far parte dell'ordinamento giuridico queste leggi screditate, alle quali i cittadini non sanno più se sia dovuto quel rispetto che si deve alle leggi valide. Pensate al caso di quel famigerato art. 113 della legge di P. S., del quale da dieci anni non siamo ancora riusciti a conoscere i precisi connotati costituzionali: di fronte alla dichiarazione di illegittimità ripetutamente pronunciata dalle magistrature minori che hanno considerato questo articolo incompatibile col principio costituzionale della libertà di stampa, la Corte di cassazione, fondandosi sulla distinzione tra norme precettive e norme programmatiche, ha preferito ritenerlo valido fino a che non verrà la legge ordinaria ad abrogarlo. E così le questure hanno continuato ad applicarlo come se fosse una norma perfettamente legittima, e non passa giorno che, aprendo un giornale, non ci accada di trovarvi riaccesa la disputa sulla applicabilità di questo articolo malfa-

mato. Ora non è un ordinamento civile quello in cui si permette la libera circolazione delle leggi malfamate: venga dunque una buona volta la Corte costituzionale a dirci finalmente la parola definitiva su questa norma che ha dato ai cittadini e ai giudici tanti fastidi!

Ma c'è ancora da aggiungere qualche altra osservazione. I contrasti tra le norme ordinarie anteriori alla Costituzione e le norme di questa sono, più che contrasti tra due leggi, *contrasti tra due ordinamenti*: tra due mondi o tra due ere costituzionali, per dir così. La nostra Costituzione repubblicana, com'è noto, non ha fatto subito *tabula rasa* delle leggi emanate dal cessato regime autoritario, ma, in ossequio al dogma della continuità dello Stato, le ha lasciate in gran parte sopravvivere, nella fiducia che attraverso il sindacato di legittimità si compiesse rapidamente e coraggiosamente quel lavoro di generale revisione costituzionale della legislazione che avrebbe dovuto portare alla sollecita espulsione dal nostro ordinamento democratico di tutti i residui di un regime autoritario incompatibile con esso. Ma questo generale lavoro di pulizia legislativa è stato fatto in questi anni solo in minima parte; non è un lavoro di ordinaria amministrazione: non è quella ininterrotta e quasi inavvertita successione di leggi nuove a leggi invecchiate, che segna senza brusche scosse la normale evoluzione di ogni ordinamento giuridico, e della quale prende atto, via via che una legge nuova subentra al posto di quella invecchiata, la giurisprudenza giudiziaria. La Costituzione repubblicana è venuta fuori da un brusco trapasso rivoluzionario: affinchè la nuova legalità sia consolidata occorre che cessi finalmente questo stillicidio di strascichi polemici sulla validità delle leggi di un passato funesto, di fronte ai quali l'Autorità giudiziaria, competente ad affrontarli soltanto caso per caso in via incidentale, si è dimostrata spesso divisa ed esitante. Occorre che questi dissidî siano finalmente affrontati e decisi *principaliter,* con efficacia *erga omnes,* dalla Corte costituzionale.

La grandissima maggioranza delle questioni di legittimità costituzionale che sono state sollevate in questi anni dinanzi all'Autorità giudiziaria e che in queste ultime settimane già battono in folla alle porte della Corte costituzionale, riguardano appunto leggi ordinarie del periodo fascista, che appaiono incompatibili coi principî democratici della nuova Costituzione. Intorno alla Corte costituzionale si è andato creando in questi anni, nell'attesa, una specie di mito: l'opinione pubblica vede in essa, forse andando talvolta al di là delle possibilità pratiche di quest'organo, l'istituto appositamente creato per eliminare in breve tempo tutte queste discordanze, che perfino l'uomo della strada avverte così numerose e profonde tra la legislazione ancora in vigore e le promesse della Costituzione.

Se la Corte costituzionale inaugurasse la sua attività col dichiarare che il sindacato di legittimità costituzionale ad essa demandato non può esercitarsi altro che sulle leggi posteriori alla Costituzione, e con ciò rinviasse il problema più urgente, che è quello della incompatibilità costituzionale delle leggi anteriori, alle inevitabili incertezze e disformità del sindacato incidentale, esercitabile *inter partes* caso per caso dall'Autorità giudiziaria, l'opinione pubblica riceverebbe da questo per essa inesplicabile « gran rifiuto » una ben dolorosa delusione: e c'è da temere che con ciò il supremo organo costituzionale, di cui il popolo ha atteso per otto anni la attuazione, perderebbe nella opinione pubblica molta parte della sua autorità. Perfino all'estero, nel giudizio disinteressato di una rivista seria come « Esprit » (35), l'entrata in funzione della Corte costituzionale italiana è interpretata come l'inizio di una intensificata attività di adeguamento costituzionale, che « *va pouvoir sous peu abolir tout un aspect de l'héritage fasciste visiblement contraire à l'esprit de la constitution, et notamment les lois de police générale qui conservent à la vie quotidienne italienne un étrange relent d'Etat policier* ».

Ci rendiamo conto che, riservando alla Corte costituzionale anche il sindacato di incompatibilità costituzionale sulle leggi anteriori alla Costituzione, il lavoro di questo supremo consesso sarà nei primi anni straordinariamente faticoso; ma sappiamo anche che questo non è un argomento che possa aver qualche peso su quel senso altissimo di abnegazione personale e di devozione alla Costituzione, che ha spinto gli insigni suoi componenti ad accettare un ufficio così impegnativo e gravoso. Di ciò è garante la parola autorevolissima di uno di essi, che alla dottrina del costituzionalista unisce la lunga esperienza del magistrato: alludo a Gaetano Azzariti, il quale fino dal 1951 ha scritto che « la disciplina data dalla Costituzione per la illegittimità costituzionale delle leggi è unica; e solo la Corte costituzionale, quando sarà entrata in funzione, potrà dichiarare la illegittimità costituzionale della legge, qualunque sia il vizio che la rende invalida. Di conseguenza cesserà negli altri giudici la possibilità di non applicare la legge al caso sottoposto al loro giudizio prima che sia intervenuta una decisione della Corte costituzionale » (36).

17. — Nè mi parrebbe possibile trovare una via di compromesso, come fa il Balladore Pallieri (37), nella distinzione ormai corrente tra

---

(35) « Esprit », febbraio 1956, p. 304

(36) *Problemi*, cit., p. 189.

(37) *Op. loc. cit.*

norme costituzionali *programmatiche* e norme costituzionali *precettive*, o in quella ancora più sottile tra norme precettive *di applicazione immediata* e norme precettive *di applicazione differita* (38): lasciando all'Autorità giudiziaria il sindacato *incidenter tantum* sulle leggi anteriori alla Costituzione che siano state abrogate da norme costituzionali precettive *immediatamente applicabili*, e riservando alla Corte costituzionale il sindacato *principaliter* sulla osservanza delle altre.

A questa soluzione di compromesso, che vorrebbe repartire tra la Corte costituzionale e l'Autorità giudiziaria il sindacato di costituzionalità sulle leggi anteriori alla Costituzione, secondo che le norme costituzionali con cui le leggi sono in contrasto siano programmatiche o precettive, si può intanto opporre questa obiezione: chi, se non la Corte costituzionale, potrebbe decidere se una norma della Costituzione sia da considerarsi programmatica o precettiva? Basterebbe questa obiezione, mi pare, per dimostrare la inaccettabilità di ogni soluzione di compromesso.

Non si può negare che nel periodo di carenza della Corte costituzionale in cui le sue veci sono state assunte dalla Magistratura, è accaduto più volte che questa (ed è suo grande merito) abbia riconosciuto che alcune norme della Costituzione avevano carattere di precetti immediatamente applicabili e abbia preso atto della loro efficacia abrogativa nei confronti di leggi anteriori con esse incompatibili, le quali sono state considerate senz'altro abrogate (39). Questo è accaduto per esempio per l'art. 111 della Costituzione, che la giurisprudenza della Corte di cassazione ha ritenuto (fuori che per il Tribunale militare supremo) di applicazione immediata, dichiarando in base ad esso senz'altro ammissibile il ricorso in cassazione per violazione di legge contro sentenze che per le leggi anteriori sarebbero state sottratte al ricorso in cassazione o impugnabili soltanto per difetto di giurisdizione: e con ciò, ancor prima della Corte costituzionale, la giurisprudenza ha considerato abrogate le disposizioni precedenti che vietavano il ricorso (per es. contro le sentenze inappellabili dei conciliatori, art. 360 Cod. proc. civ.) o che lo ammettevano solo in più ristretti limiti (per es. contro le sentenze di certi giudici speciali, articolo 362 Cod. proc. civ.).

Ora può apparire strano, e perfino insensato, che leggi anteriori alla Costituzione, che la giurisprudenza aveva già dichiarato abrogate per incompatibilità e quindi inapplicabili, tornino ad essere applicabili

---

(38) Cfr. AZZARITI, *Problemi*, cit., p. 100; CRISAFULLI, *op. cit.*, p. 51 e ss.

(39) Cfr. AZZARITI G., *La mancata attuazione della Costituzione e l'opera della magistratura*, in *Foro it.*, 1956, IV, 1.

per il fatto che è entrata in funzione la Corte costituzionale, la quale sola è competente a dichiararne *erga omnes* la inapplicabilità; e che all'improvviso la Corte di cassazione non possa più dichiarare ammissibili (come ha fatto fino a ieri) i ricorsi fondati sull'art. 111 della Costituzione, solo perchè d'ora innanzi l'unico organo competente a dichiarare inapplicabili le leggi precedenti abrogate da questo articolo è la Corte costituzionale.

La stranezza indubbiamente sussiste: par che l'entrata in funzione della Corte costituzionale abbia avuto il potere taumaturgico di richiamare in vita leggi già seppellite dalla Magistratura; in realtà, come si è detto, ha ridato ad esse solo provvisoria « esecutorietà », allo scopo di poterle dichiarare definitivamente estinte con un atto valevole *erga omnes*. E' una di quelle stranezze transitorie che sempre si producono nei periodi di passaggio. Indubbiamente d'ora in avanti la Corte di cassazione, quando dovrà decidere su un ricorso in cassazione fondato sull'art. 111, dovrà porsi anche d'ufficio il problema se le disposizioni delle leggi ordinarie anteriori alla Costituzione che in un caso siffatto avrebbero vietato il ricorso si possano considerare incompatibili con questo articolo: e in questo modo solleverà una questione *lato sensu* di illegittimità costituzionale, la decisione della quale dovrà esser rimessa alla Corte costituzionale, con sospensione della decisione su quel ricorso in cassazione. Ma questo basterà che accada una volta; perchè quando la Corte costituzionale si sarà pronunciata una volta per sempre dichiarando *erga omnes* la inefficacia delle disposizioni anteriori incompatibili coll'art. 111, il problema non potrà mai più ripresentarsi davanti alla Magistratura che potrà senz'altro attenersi d'ora innanzi direttamente all'art. 111; e in questo modo sarà conseguita quella *certezza costituzionale* alla quale mira il sistema di sindacato accentrato preferito dalla nostra Costituzione, mentre il sindacato diffuso lascerebbe sempre aperto il pericolo che un cambiamento di giurisprudenza potesse rimettere in discussione l'applicabilità di una legge che finora i giudici avevano ritenuto, ma con decisioni valevoli solo *inter partes*, inapplicabile.

Nè infine si potrebbe obiettare, come a prima vista verrebbe voglia, che l'Autorità giudiziaria non ha bisogno di rimandare alla Corte la decisione della questione di illegittimità costituzionale, quando (come nel caso dell'art. 111) è convinta della efficacia precettiva immediata della norma costituzionale, e quindi non ha ragione di dubitare della già avvenuta abrogazione della legge anteriore in contrasto con quella. Chi ragionasse così pretenderebbe di rovesciare il sistema, buono o cattivo che sia, adottato dalla nostra Costituzione, dimenticando che, secondo esso, l'Autorità giudiziaria ha il potere di continuare ad applicare la legge ordinaria quando ritiene che la eccezione

di illegittimità sollevata contro di essa sia « manifestamente *infondata* »; ma non ha più (da quando è in esercizio la Corte costituzionale) il potere di cessare di applicarla solo perchè al contrario ritenga tale eccezione « manifestamente *fondata* »!

Siamo dunque sicuri che l'Autorità giudiziaria accetterà di buon grado questa soluzione integrale del problema: la quale non può esser considerata come una menomazione delle sue tradizionali attribuzioni giurisdizionali, nè un innaturale e arbitrario distacco di una parte della sua funzione a favore di un organo *dello stesso ordine*, venuto a farle la concorrenza. In realtà l'innovazione introdotta dalla Costituzione in questa materia non è stata uno spostamento di competenza tra organi *dello stesso ordine*, che abbia impoverito l'Autorità giudiziaria per arricchirne la Corte costituzionale; ma è stato un vero e proprio passaggio oggettivo della materia da una funzione a una altra: il sindacato sulla illegittimità costituzionale delle leggi che fino a ieri, esercitato *incidenter tantum*, aveva natura funzionalmente giurisdizionale, è entrato d'ora in avanti a *far parte di una funzione diversa*, che si potrebbe chiamare paralegislativa o superlegislativa. Le pronunce sulla illegittimità delle leggi, anche se in forma di sentenze, avranno d'ora innanzi la stessa efficacia *erga omnes* che hanno le leggi: saranno, nei loro effetti, atti di portata ben diversa da quelli degli atti giurisdizionali. Non saranno più giurisdizione: e come i giudici non si sono mai sentiti menomati dal non potere essi far le leggi (perchè questo non rientra nelle loro mansioni), così non si sentiranno diminuiti se d'ora in avanti sarà demandato a un organo sostanzialmente non giurisdizionale il compito di disfarle, cogli stessi effetti generali che avrebbe una abrogazione legislativa.

§ III. — Possibili conflitti tra Corte costituzionale e Autorità giudiziaria.

18. — E tuttavia verrebbe voglia di immaginare, per una certa curiosità teorica che per fortuna non ha nessuna rispondenza nella realtà, che tra la Corte costituzionale e l'Autorità giudiziaria possa sorgere conflitto sulla delimitazione delle rispettive competenze: e di domandarsi come un siffatto conflitto potrebbe esser risolto.

Il problema, sotto l'aspetto diciamo così della meccanica costituzionale, è quanto mai interessante.

Già si è visto che il potere delibativo con cui il giudice può aprire o chiudere, per così dire, il rubinetto che immette alla Corte costituzionale, è di per sè essenziale per il buon funzionamento di questa: dalla moderazione con cui l'Autorità giudiziaria saprà servirsi di questo potere dipenderà che salgano alla decisione della Corte costi-

tuzionale tutte e soltanto le questioni degne di essere prese in esame da essa, e che non vi salga il pericoloso flusso delle questioni inconsistenti e fatue.

Ora nell'esercizio di questo potere l'Autorità giudiziaria può peccare per eccesso o per difetto: per eccesso, qualora il giudice, per scansar la fatica di redigere quella ordinanza « adeguatamente motivata » che l'art. 24 della legge 11 marzo 1953, n. 87, esige per il rigetto dell'eccezione, preferisca di aprir senz'altro il varco alla Corte costituzionale, lasciando che questa se la sbrighi da sè come meglio crederà; o per difetto, qualora il giudice, ostinato a non voler sospendere il giudizio, dichiari manifestamente infondata anche una eccezione di illegittimità che abbia tutti i caratteri di serietà per esser rimessa alla Corte costituzionale.

In questi casi quali sarebbero i rimedi? Sotto l'aspetto strettamente giuridico non mi pare che ve ne siano. Se i giudici eccederanno nel lasciar passare al loro vaglio anche le eccezioni manifestamente infondate, la conseguenza sarà che la Corte costituzionale dovrà lavorare di più e che il suo lavoro consisterà in gran parte nel dichiarare infondate le istanze sfuggite al vaglio troppo indulgente dell'Autorità giudiziaria; sarà un lavoro sprecato e una perdita di tempo, ma non sarà un conflitto in senso tecnico. Si potrebbe pensare che il rimedio contro questo pericolo sia costituito dall'autorità *erga omnes* che è propria delle decisioni della Corte costituzionale: in modo che quando essa abbia dichiarato una prima volta che una certa legge *non è* viziata da illegittimità costituzionale, la legge rimanga per sempre ed *erga omnes* inattaccabile per illegittimità. Ma forse non è così: l'autorità *erga omnes* è attribuita dall'art. 136 della Costituzione soltanto alla decisione della Corte costituzionale che accogliendo l'istanza dichiari la illegittimità costituzionale della legge impugnata; invece l'ordinanza della stessa Corte che in camera di consiglio dichiari la manifesta infondatezza dell'istanza (2° comma dell'art. 26 l. 11 marzo 1953, n. 87) o la sentenza colla quale la stessa Corte la respinga (art. 29 stessa legge) vale soltanto per il caso deciso; e non esclude che la questione di illegittimità della stessa legge possa essere in seguito nuovamente sollevata, per lo stesso o per altri motivi, in altri processi, sicchè la Corte costituzionale possa esser chiamata più volte di seguito a decidere sulla illegittimità costituzionale della stessa legge. Questo inconveniente potrebbe essere evitato se anche alle decisioni di rigetto della Corte costituzionale si riconoscesse autorità *erga omnes*, come se fossero interpretazioni autentiche convalidative una volta per sempre della legge impugnata; ma, nonostante che io abbia altra volta

manifestata questa opinione (40), devo riconoscere che le ragioni portate contro di essa da Gaetano Azzariti mi hanno persuaso del contrario: l'art. 136 della Costituzione attribuisce autorità *erga omnes* soltanto alle decisioni della Corte costituzionale che dichiarano la illegittimità costituzionale di una legge, non a quelle che ne riconoscono la legittimità; d'altra parte, poichè non è stabilito un termine entro il quale una legge, anche la più annosa, possa essere impugnata per illegittimità in via incidentale, non si può escludere che dopo una prima decisione di rigetto, la stessa legge possa essere impugnata in altri processi per vizi di illegittimità diversi da quello per cui era stata impugnata la prima volta (41).

Questo sistema (che la legge 11 marzo 1953, n. 87 ha confermato quando col suo art. 30 ha prescritto che sia data solenne pubblicità soltanto alle sentenze della Corte costituzionale che accolgono la istanza di dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge, non a quelle che la respingono) ha il grande inconveniente di lasciar sempre aperta su qualsiasi legge la possibilità di una impugnazione incidentale per illegittimità; ma, come osserva giustamente l'Azzariti, « la gravità di questa obiezione è più apparente che reale, perchè « è chiaro che quando la Corte costituzionale abbia già giudicato la « questione, se questa viene risollevata in un altro giudizio, il giudice, « proprio perchè la Corte l'ha già decisa, la riterrà evidentemente « infondata, e quindi non la rimetterà di nuovo alla Corte » (42).

Si può anche avvertire che, una volta rimessa alla Corte costituzionale una questione di illegittimità costituzionale, sarebbe illogico permettere che, mentre pende il giudizio di legittimità dinanzi alla Corte costituzionale, la stessa questione possa esser decisa da altri giudici, col rischio che la decidano in senso diverso da quello che sarà fissato dalla Corte costituzionale: riterrei pertanto che, una volta che la Corte costituzionale sia stata investita della questione, tutti i giudici dinanzi ai quali in altri giudizi individuali la stessa questione sia sollevata, saranno tenuti, appena ne abbiano avuta conoscenza ufficiale, a sospendere d'ufficio (per un fenomeno in un certo senso simile alla litispendenza) il giudizio in corso dinanzi a loro, in attesa che la Corte decida una volta per tutte sulla questione pregiudiziale. Altrimenti non avrebbe senso l'art. 25 della legge 11 marzo 1953, n. 87, secondo il quale l'ordinanza colla quale un'autorità giurisdizionale ha promosso il giudizio di legittimità deve essere pubblicata, appena pervenuta alla Corte, sulla *Gazzetta Ufficiale*.

---

(40) Cfr. *Illegittimità*, cit., p. 71.

(41) AZZARITI, *op. cit.*, p. 171.

(42) AZZARITI, *Problemi* cit., p. 172.

19. — Più gravi sarebbero gli inconvenienti che si verificherebbero se l'Autorità giudiziaria si ostinasse, sistematicamente respingendo per manifesta infondatezza la eccezione di illegittimità proposta e riproposta più volte contro una legge, a impedire che il giudizio sulla legittimità di essa salisse fino alla Corte costituzionale: la quale, pur essendo convinta che una certa legge è viziata da illegittimità costituzionale, e proclive, se venisse sottoposta al suo giudizio, ad annullarla, si troverebbe però messa nella impossibilità di farlo, per colpa di questa sistematica chiusura opposta dall'Autorità giudiziaria, coalizzata nel negare il visto di entrata.

L'ipotesi, nella realtà politica attuale, è puramente fantastica: è, per ora, una ipotesi diciamo così di scuola.

Nella realtà si potrà trovare una volta qualche giudice istruttore troppo rigoroso, che respinga a torto come manifestamente infondata una eccezione di illegittimità costituzionale; ma la sua ordinanza, pur non essendo direttamente impugnabile, non impedirà al collegio di riprendere in esame la questione (art. 178 Cod. proc. civ.), e di andare in contrario avviso rimettendola alla Corte costituzionale. E se anche il collegio si ostinerà a ritenerla manifestamente infondata e quindi deciderà il merito della causa in base alla legge che era stata impugnata per illegittimità, la questione potrà essere riproposta *ex novo* « all'inizio di ogni grado ulteriore del processo » (art. 24, 2° comma l. 11 marzo 1953, n. 87), oppure, a mio avviso, come motivo di impugnazione della sentenza che non ne abbia tenuto conto. E così di grado in grado fino alla Cassazione, dove potrà esser reiterata (o anche proposta per la prima volta) la istanza prevista dall'art. 23 l. 11 marzo 1953, n. 87, o dove la sentenza, fondata sulla ordinanza che abbia rigettato come manifestamente infondata la eccezione, potrà essere direttamente impugnata per difetto di giurisdizione o per falsa applicazione di legge (per aver applicato una legge senza rimettere alla Corte costituzionale la questione della sua legittimità costituzionale e quindi della sua applicabilità).

Attraverso questi ripetuti esami che culmineranno dinanzi alla Corte di Cassazione, la questione verrà sufficientemente discussa e chiarita: d'altra parte, anche se in un processo si troverà un giudice troppo rigoroso che respingerà l'istanza, si troverà certo in un altro processo un altro giudice meno severo che, ripresentandosi la stessa questione, la lascerà passare all'esame della Corte.

Non c'è quindi da temere che prima o poi, nella normale disparità delle valutazioni, la questione non possa arrivare all'esame della Corte.

Il pericolo potrebbe sorgere invece in un clima politico diverso da quello normalmente prevedibile, quando col passar degli anni tra

la Magistratura come Ordine unitario e la Corte costituzionale si cominciassero a manifestare dissonanze di natura generale intorno al modo di considerare la Costituzione e le relazioni tra essa e le leggi ordinarie. La storia della Francia dà esempi classici di dissidî tra la Magistratura e il potere centrale, che in certi periodi assunsero la asprezza di vere e proprie lotte politiche, nelle quali i vari organi giudiziari si trovarono anche senza volerlo coalizzati come un unico corpo contro l'esecutivo.

Facciamo l'ipotesi che in un momento di grave contrasto tra partiti, un governo riuscisse a far approvare un sistema di leggi che una parte dell'opinione pubblica considerasse, o perchè troppo conservatrici o perchè troppo progressive, in contrasto collo spirito della Costituzione: e che la Magistratura, concorde nel considerare queste leggi come viziate da illegittimità costituzionale, sistematicamente si proponesse di rifiutarne l'applicazione, sollevando anche d'ufficio, ogni volta che si trattasse di applicare in giudizio una di queste leggi, la questione di illegittimità con rimessione di essa alla Corte costituzionale. O facciamo l'ipotesi inversa: che cioè la Magistratura, per conformismo colle direttive del governo, si rifiutasse sistematicamente di lasciar passare le istanze di illegittimità contro le leggi incostituzionali e le volesse applicare a tutti i costi, impedendo alla Corte costituzionale di esercitare il suo sindacato su di esse.

Queste sono, ripeto, ipotesi puramente immaginarie; ma bastano a dimostrare come in periodi di tensione politica tra il governo e l'opinione pubblica il funzionamento del sindacato di costituzionalità per potersi svolgere normalmente presuppone che tra Magistratura e Corte costituzionale si mantenga sempre una assoluta consonanza di valutazione costituzionale sulla importanza della Costituzione e sulle relazioni che devono passare tra questa e la legge ordinaria. Se in momenti di tensione costituzionale si rivelassero tra la Corte e la Autorità giudiziaria « sfasamenti » di apprezzamento politico, sia pur mascherati da disformità di interpretazione giuridica, questo costituirebbe a lungo andare un grave pericolo per la esistenza stessa dello Stato. Lo spirito di cooperazione e di intesa tra l'Autorità giudiziaria e la Corte costituzionale è una delle condizioni essenziali per il mantenimento della legalità democratica: auguriamoci che in avvenire non si presentino mai nella realtà divergenze di questa natura, che non troverebbero nell'ordinamento alcuna soluzione giuridica, ma che sarebbero rivelatrici di una crisi costituzionale risolvibile soltanto con mezzi di rottura politica.

20. — Una soluzione giuridica ritengo invece che si possa trovare per un altro tipo di conflitto che si potrebbe delineare tra la Corte

costituzionale e l'Autorità giudiziaria, non per diversità di giudizio sulla illegittimità costituzionale di certe leggi, ma per divergenze sulla competenza a giudicare di questa illegittimità.

Supponiamo, ad esempio, che tutta la Magistratura, considerando la illegittimità costituzionale delle leggi anteriori alla Costituzione sotto il ristretto profilo della abrogazione per incompatibilità, si trovasse concorde nel ritenere riservato a se stessa il giudizio su questa materia e che, ogni volta che venisse sollevata in giudizio la eccezione di illegittimità su una legge anteriore alla Costituzione, si dichiarasse competente a risolverla definitivamente respingendola o accogliendola *incidenter* nel merito, senza rimettere la decisione alla Corte costituzionale: in questo caso la Corte costituzionale verrebbe di fatto a essere impedita, per questo sistematico rifiuto della Autorità giudiziaria di rimettere ad essa la decisione di siffatte questioni, dall'esercitare il suo sindacato su una vastissima zona della legislazione. Supponiamo anche che, per iniziativa di un giudice dissenziente da questa corrente della Magistratura, la Corte costituzionale fosse investita una volta tanto di una di queste questioni, e che essa, nel deciderla *principaliter* avesse occasione così di dichiarare che anche le leggi costituzionali anteriori alla Costituzione rientrano sotto il suo sindacato, e che anche per queste spetta alla Corte costituzionale competenza esclusiva.

Che cosa succederebbe in questo caso? E' evidente, intanto, che contro la decisione di ogni singolo giudice che si dichiarasse competente a decidere senza rimettere la questione alla Corte costituzionale, si potrebbe ricorrere al giudice superiore, per incompetenza o meglio per difetto di giurisdizione, fino alla Corte di cassazione. Ma se anche la Corte di cassazione confermasse questa affermazione della competenza dell'Autorità giudiziaria in contrasto colla affermazione di competenza fatta dalla Corte costituzionale, come si risolverebbe questo conflitto?

Qui, a mio avviso, si tratterebbe di un vero e proprio conflitto (positivo) di attribuzioni, cioè di uno di quei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, la decisione dei quali, per l'art. 134 della Costituzione, è demandata alla Corte costituzionale. In verità, se, come io credo, la funzione giurisdizionale costituisce uno dei poteri dello Stato, non vi è dubbio che l'organo supremo di questo potere, competente (secondo la formula adoprata dall'art. 37 della legge 11 marzo 1953, n. 87) « a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartiene », è la Corte di cassazione: e non è dubbio neanche che il conflitto che sorge nel caso sopra ipotizzato tra Corte di cassazione e Corte costituzionale riguardi (adoprando anche qui la formula dell'art. 37) « la delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per

i vari poteri da norme costituzionali ». Si tratta proprio di un conflitto tra organi costituzionali supremi, quali sono da una parte la Corte di cassazione e dall'altra la Corte costituzionale, che ha per oggetto la delimitazione della sfera delle rispettive attribuzioni: in quanto tutt'e due questi organi supremi affermano (nella ipotesi che ho fatto) di aver competenza a giudicare sulla illegittimità costituzionale delle leggi ordinarie anteriori alla Costituzione.

Per escludere che qui si presenti la figura del conflitto di attribuzioni si potrebbe obiettare che secondo l'art. 134 della Costituzione e secondo la interpretazione che ne dà il ricordato art. 37 della legge 11 marzo 1953, n. 87, il conflitto di attribuzioni, per esser tale, deve insorgere tra organi di poteri *diversi*: ora, per chi considera la Corte costituzionale come un organo giurisdizionale, il conflitto tra Corte costituzionale e Corte di cassazione sarebbe un conflitto tra organi *di uno stesso potere,* e sfuggirebbe quindi alla competenza della Corte costituzionale. Ma proprio questa osservazione è un argomento di più per confermare che la Corte costituzionale non è un organo giurisdizionale: è un organo che sta al di fuori e al di sopra dei tre poteri tradizionali (e quindi anche di quello giudiziario) e che, se non si vuol far rientrare nel potere legislativo, si deve considerare come espressione di un potere di sindacato costituzionale a sè stante, che non si presta ad essere incasellato nella funzione giurisdizionale e al quale non sono applicabili le norme che la Costituzione detta per questa funzione.

Siamo dunque di fronte a un conflitto di attribuzioni tra organi supremi di poteri diversi: nè può sembrare strano che a risolverlo sia uno dei due organi tra cui il conflitto verte, cioè la Corte costituzionale; essa è, secondo la Costituzione, l'organo appositamente istituito per la risoluzione dei conflitti: non essendovi al di sopra di essa altro organo costituzionale più alto, essa sola è competente a decidere sulla propria competenza (43). Si può dire che, ove sorga un conflitto di questo genere tra la Corte costituzionale e la Corte di cassazione, quest'ultima non ha competenza a decidere sulla propria competenza.

Si potrebbe dunque verificare in questo caso una forma anomala di impugnazione di una sentenza della Corte di cassazione, contro la quale potrebbe a tal fine esser proposto ricorso alla Corte costituzionale nei modi, in verità non molto perspicui, stabiliti dall'art. 37 della legge 11 marzo 1953, n. 87; e la Corte costituzionale, ove ritenesse che la sentenza della Cassazione fosse viziata da incompetenza, dovrebbe, a norma dell'art. 38, annullarla.

Tutto questo conferma quanto ho avvertito fin da principio: cioè

---

(43) Cfr. Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale,* p. 290.

non solo la necessità che tra Autorità giudiziaria e Corte costituzionale regni fin da principio buona armonia e identità di criterî sulla repartizione delle rispettive competenze, ma altresì la inscindibile complementarità dei due supremi organi, ciascuno dei quali nei limiti delle proprie attribuzioni concorre a rendere operante ed efficace, con pari dignità, l'esercizio del sindacato di legittimità costituzionale.

§ IV. — L'azione unificatrice della Corte di cassazione sul sindacato di legittimità costituzionale.

21. — Affinchè questo concorso possa organizzarsi nella maniera più celere e più piena, è indispensabile che, di fronte alle questioni di illegittimità costituzionale che specialmente nei primi anni sorgeranno in gran numero dinanzi ai giudici ordinari e speciali (quello che sta accadendo da quando la Corte costituzionale è entrata in funzione sta a dimostrarlo), si stabiliscano rapidamente criterî uniformi di giusto equilibrio, che valgano ad evitare, nel giudizio delibativo di fondatezza, tanto l'eccessivo rigore quanto la eccessiva indulgenza. Ma affinchè questa uniformità di criterî possa rapidamente stabilirsi attraverso l'azione unificatrice della Corte di cassazione, è indispensabile che nessun giudice possa sfuggire a questa azione: in modo che per tutti i giudici ordinari e speciali, dinanzi ai quali, nel corso di un giudizio innanzi ad essi pendente può esser sollevata la questione incidentale di illegittimità costituzionale, sia possibile arrivare alla fine, di grado in grado, fino alla Corte di cassazione, per riproporre dinanzi ad essa la eccezione che sia stata respinta nei gradi inferiori come manifestamente infondata, e per poter avere così sulla fondatezza di essa il giudizio definitivo e tranquillante del supremo organo regolatore della giurisprudenza.

La possibilità di adire in ultimo grado la Corte di cassazione è oggi garantita per tutti i giudici dall'art. 111 della Costituzione, che ammette in ogni caso, contro le sentenze degli organi giurisdizionali ordinarî o speciali, il ricorso in cassazione per violazione di legge, cioè per *error in judicando* attinente alla questione di diritto: attraverso questo articolo si ha la sicurezza di poter in ogni caso ottenere dalla Corte di cassazione il riesame sulla fondatezza della eccezione di illegittimità costituzionale, perchè se il giudice ordinario o speciale l'avrà respinta come manifestamente infondata e con ciò avrà commesso un *error in judicando* nel valutarne la manifesta infondatezza (che è una *quaestio iuris*), si potrà proprio per questo ricorrere in cassazione per violazione di legge, sostenendo che la legge su cui la sentenza è basata è viziata da illegittimità e deve quindi esser dichiarata inapplicabile dalla Corte costituzionale: il che darà alla Corte di cassazione inve-

stita del ricorso la possibilità di riprendere in esame la questione di illegittimità, e di provvedere essa, se riterrà che il giudizio delibativo di manifesta infondatezza su cui è basata la sentenza denunciata sia errato, alla sospensione del giudizio e alla rimessione degli atti alla Corte costituzionale.

Ma la regola dell'art. 111 soffre eccezione per alcune categorie di decisioni alle quali la stessa Costituzione attribuisce il privilegio della immunità: alludo alle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, per le quali il ricorso in cassazione è ammesso per i soli motivi « attinenti alla giurisdizione » (art. 362 cod. proc. civ.), e non per *errores iuris in judicando* (art. 111 Cost.); e l'inconveniente è ancora più grave per le sentenze del Tribunale supremo militare, le quali purtroppo, quantunque già sia scaduto da sette anni quel termine di un anno entro il quale si doveva provvedere al riordinamento di quel Tribunale (Disp. trans. VI, ultimo comma), rimangono tuttavia indisturbate, nonostante la contraria volontà della Costituzione, immuni dal ricorso in cassazione per violazione di legge.

22. — Questa è una delle lacune del nostro ordinamento che bisogna tener d'occhio, per evitare che il sindacato di costituzionalità si trovi ad essere di fatto escluso da molte zone tra le più importanti e delicate della nostra giurisdizione. C'è da temere infatti che questa specie di immunità che alcune giurisdizioni speciali godono di fronte al sindacato di legalità della Corte di Cassazione, possa produrre mediatamente la conseguenza di rendere più debole e meno penetrante su di esse il sindacato di legittimità della Corte costituzionale. Faccio subito un esempio: è noto che il disegno di legge, recentemente approvato dalla Camera, destinato a restringere la competenza dei tribunali militari, ha adottato una soluzione di compromesso, lasciando tuttavia sopravvivere alcune norme del Codice penale militare del 1941, che qualcuno continua a ritenere incompatibili colla Costituzione democratica, perchè per certe imputazioni mantengono assoggettati alla giurisdizione militare invece che a quella comune anche i cittadini che non si trovano in servizio militare alle armi. Se questo disegno di legge sarà approvato anche dal Senato e diventerà legge, potrà accadere in avvenire che in un giudizio su una delle imputazioni rimaste di competenza dei tribunali militari sia sollevata la pregiudiziale di illegittimità costituzionale. Ma c'è da scommettere che il tribunale militare respingerà la pregiudiziale come manifestamente infondata; e che, se la stessa pregiudiziale sarà proposta dinanzi al Tribunale supremo militare, l'opinione sulla manifesta infondatezza di essa sarà energicamente ribadita. Ogni giudice è portato a fare della difesa della propria competenza una questione di prestigio:

questo vale specialmente per i giudici militari. Proprio per questo, per decidere qui se la pregiudiziale di illegittimità costituzionale sia o non sia manifestamente infondata, sarebbe desiderabile il giudizio di un giudice superiore, spassionato e sereno, com'è la Corte di cassazione.

Ma è noto (questa è stata finora l'opinione della Corte di cassazione) (44) che, fino a quando rimane applicabile l'art. 400 del Codice penale militare, secondo il quale le sentenze del Tribunale supremo militare sono impugnabili in cassazione soltanto per incompetenza o eccesso di potere, non si può ricorrere in cassazione contro di esse per un *error in judicando* commesso nel respingere la pregiudiziale di illegittimità costituzionale. Forse si potrebbe tentare qui il ricorso in cassazione per difetto di giurisdizione, sostenendo che, per decidere se i tribunali militari abbiano o non abbiano giurisdizione su quel reato, bisogna prima far decidere dalla Corte costituzionale la questione della legittimità costituzionale della legge (Cod. pen. mil.) che afferma in quel caso la loro competenza: e in questo modo, una volta arrivati in cassazione per il motivo di difetto di giurisdizione, trovare il trampolino di lancio per risollevare in quella sede la eccezione di illegittimità. Ma ognun vede la sottigliezza e la labilità di questo espediente: la certezza del sindacato di legittimità costituzionale viene proprio a indebolirsi in quelle zone in cui più se ne sentirebbe il bisogno.

§ V. — Collaborazione tra la Corte costituzionale e la Corte di cassazione per la interpretazione progressiva della Costituzione.

23. — Rimane un ultimo problema, che è forse il più importante di tutti quelli trattati finora: come possano cioè la Corte costituzionale e la Corte di cassazione, collaborando tra loro come due parti indispensabili e complementari di un unico organo, cooperare attivamente al progresso e alla trasformazione sociale del nostro ordinamento giuridico-economico, secondo quei principî programmatici che sono segnati dalla Costituzione.

L'aspetto più appariscente della funzione della Corte costituzionale e dell'Autorità giudiziaria chiamata a introdurre dinanzi ad essa le denunce di illegittimità costituzionale, par che sia un aspetto *negativo*: la funzione della Corte costituzionale, si dice, è essenzialmente una funzione di annullamento. Essa serve a depurare l'ordinamento

---

(44) Cfr. il mio saggio, *La Costituzione e le leggi* ecc., p. 244.

giuridico dalle leggi contrastanti colla Costituzione: ma per il resto manca di qualsiasi potere di stimolo e di propulsione costituzionale.

La nostra, com'è noto, non è una Costituzione statica, che si limiti a prender atto di una certezza costituzionale già raggiunta e perfetta, e si proponga di conservarla immutata; la nostra non è una Costituzione conservatrice: è una Costituzione dinamica, programmatica, che si propone la trasformazione di una società di cui denuncia le manchevolezze, e che a questo scopo traccia al legislatore un programma di riforme sociali che devono essere gradualmente attuate attraverso la legislazione ordinaria. Quando si dice che la nostra è una Costituzione inattuata, non si intende soltanto con questo di muovere un rimprovero agli organi responsabili che avrebbero dovuto da tempo intraprenderne l'attuazione; ma si intende con ciò mettere in evidenza il carattere volutamente progressivo di questa Costituzione, che nella intenzione stessa dell'Assemblea costituente nacque come una Costituzione *inattuata ma attuabile, imperfetta ma perfettibile*, punto di avvio di un lungo lavoro di revisione sociale che in molti decennî dovrà dare un altro volto alla società italiana.

A questa funzione progressiva e dinamica della Costituzione, come potrà cooperare la Corte costituzionale?

Verrebbe voglia di rispondere che questo non è compito della Corte costituzionale: che essa deve limitarsi a prendere in esame, sotto il profilo della legittimità costituzionale, le leggi che ci sono, senza poter entrare a suggerire in anticipo le leggi che ci dovrebbero essere. Essa è un organo creato per reprimere le violazioni della Costituzione commesse dal legislatore, non per svegliarlo dalla sua inerzia. Contro la incuria o contro l'ostinazione conservatrice del legislatore la Corte costituzionale nulla può.

E tuttavia io penso (e debbo limitarmi qui a un accenno, perchè questo problema richiederebbe esso solo un lungo discorso) che non si possa affermare in maniera così assoluta la impotenza della Corte costituzionale contro la inattività del potere legislativo.

Si può osservare innanzi tutto che in tutti i casi (e sono molti) in cui la Costituzione ha dichiarato essa stessa di lasciare provvisoriamente in vigore le vecchie leggi in attesa che il legislatore abbia provveduto a creare, entro un termine prefisso dalla stessa Costituzione, nuove leggi conformi allo spirito costituzionale, la Corte costituzionale, accertato che il termine è da tempo scaduto, se non potrà essa stessa creare o suggerire le nuove leggi che il legislatore ha mancato di approvare, *potrà intanto annullare per incompatibilità costituzionale quelle vecchie*: e in questo modo, deliberatamente creando questi vuoti legislativi, mettere il legislatore nella necessità urgente di riempirli con nuove leggi: e così stimolare la sua azione. C'è in pro-

posito un esempio straordinariamente calzante: è quello del Tribunale militare supremo, il cui riordinamento, secondo la Disp. trans. n. VI, avrebbe dovuto esser compiuto entro un anno dall'entrata in vigore della Costituzione, coll'effetto che, dopo decorso quest'anno, anche le sentenze di questo Tribunale sarebbero diventate impugnabili in cassazione per violazione di legge a norma dell'articolo 111 della Costituzione. L'anno è passato da un pezzo e il riordinamento del Tribunale supremo militare è rimasto, per inesplicabili resistenze, lettera morta: orbene, questo è un caso in cui la Corte costituzionale potrà intervenire in senso non soltanto negativo. Dato che il legislatore ha lasciato passare otto anni senza provvedere, la Corte costituzionale potrà annullare l'art. 400 Codice penale militare che limita ai soli motivi di « incompetenza o eccesso di potere » il ricorso in cassazione contro le sentenze del Tribunale supremo militare, e con ciò potrà rendere d'ora innanzi esperimentabile anche nei confronti di esse, così come la Costituzione esige e come la Corte di cassazione non ha creduto di poter fare, il ricorso in cassazione per violazione di legge.

24. — Ma io penso che l'azione stimolatrice della Corte costituzionale possa farsi sentire anche al di là di questi casi di inerzia legislativa, colposa o dolosa, protratta oltre il termine fissato dalla Costituzione.

Coloro che sostengono che la Corte costituzionale è un organo rigorosamente giurisdizionale, credono di potere con questo escludere dal campo di indagine di questo supremo organo ogni considerazione di ordine politico: e proprio a questo intento l'art. 28 della l. 11 marzo 1953, n. 87 ha stabilito che « il controllo di legittimità della Corte « costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude « ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del « potere discrezionale del Parlamento ».

Mi rendo conto delle buone intenzioni che hanno ispirato questo articolo; ma ho l'impressione che esso (a parte la sua dubbia costituzionalità) sia imputabile, più che di presunzione, di ingenuità. Come si può infatti sul serio escludere ogni valutazione di natura politica in un giudizio, com'è quello della Corte costituzionale, che per decidere se una legge sia o non sia viziata da illegittimità costituzionale dovrà prendere in considerazione, come uno dei termini necessarî del suo raffronto, non solo la lettera della Costituzione ma il suo spirito, non solo le sue disposizioni precettive ma anche i suoi principî programmatici, che sono niente di più e niente di meglio che le grandi linee di un programma di azione politica?

Si fa presto a dire (e questo argomento è stato invocato a sazietà come argomento polemico da chi, nei dibattiti a cui ha dato luogo

la elezione dei giudici costituzionali di nomina parlamentare, mirava proprio a introdurre in quelle elezioni criterî di discriminazione politica) che il compito della Corte costituzionale è un compito nettamente giurisdizionale, in quanto si riduce in sostanza a decidere, con un ragionamento fondato sulla pura logica giuridica, se tra una disposizione della Costituzione e una legge ordinaria vi sia o non vi sia antinomia: stabilito che l'antinomia c'è, l'annullamento della legge incostituzionale viene da sè, in virtù di un semplice sillogismo. Ma questo è troppo semplicistico: alla Corte costituzionale si presenteranno casi ben altrimenti complicati e delicati: per vedere se una legge sia viziata da illegittimità costituzionale il raffronto si dovrà fare assai spesso, più che con una norma costituzionale precettiva, con una norma programmatica; più che colla lettera di una precisa disposizione della Costituzione, collo spirito di riforma di cui essa è carica. Potrà la Corte costituzionale sottrarsi a questo compito, sotto il pretesto che in questo modo essa sconfinerebbe nella valutazione politica?

Ne dubito: e nei miei dubbi mi conferma l'esempio della Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*), i cui giudici, in una raccolta di studi monografici molto serî e profondi sulla loro funzione costituzionale e sulla natura giuridica della Corte (45), hanno francamente riconosciuto la natura in alto senso politica delle controversie che essi sono chiamati a decidere, ed hanno affermato che, mentre non è compito della Corte costituzionale giudicare il contenuto politico delle leggi qualora il legislatore nell'emanarle si sia mantenuto nei limiti del potere discrezionale datogli dalla Costituzione, la Corte può tuttavia sindacare se questo potere discrezionale è stato esercitato secondo le finalità volute dalla Costituzione e censurare come violazione della Costituzione l'eccesso di potere legislativo.

Io credo che anche la nostra Corte costituzionale a lungo andare dovrà fatalmente riconoscere come suo questo compito: tra gli aspetti costituzionali e gli aspetti politici di certe questioni che si svolgono, come ora si usa dire, « ad alto livello » (come quelle che riguardano i rapporti e i conflitti tra i supremi poteri dello Stato) la linea di confine non è facilmente tracciabile. Ai sommi vertici, in quell'atmosfera rarefatta in cui dovrà abituarsi a respirare la Corte costituzionale, diritto e politica sono spesso una cosa sola.

E poi, sinceramente, io divento sempre più scettico sulla realtà di questa pur venerabile tradizionale distinzione tra diritto e politica. La interpretazione storica ed evolutiva delle leggi, colla quale ogni giorno

---

(45) *Die Rechtstellung des Bundesverfassungsgerichts* (Karlsruhe, marzo 1953), pp. 4-7.

la giurisprudenza giudiziaria si fa partecipe ed assertrice delle nuove esigenze collettive, come potrebbe avvenire se non avesse alle sue basi una valutazione *lato sensu* storico-politica di questa progressiva trasformazione che si avverte prima nella realtà sociale che nelle leggi?

Così nella giurisprudenza della Corte costituzionale affiorerà, con efficacia di richiamo e di orientamento per gli stessi organi legislativi, questa esigenza di trasformazione sociale che anima ogni disposizione della nostra Costituzione: le decisioni della Corte costituzionale non avranno soltanto l'effetto apparentemente *negativo*, espresso nella loro parte dispositiva, di annullare le leggi contrarie alla Costituzione, ma avranno insieme un significato positivo di cooperazione attiva all'indirizzo legislativo, per le considerazioni che svolgeranno nella loro motivazione; perchè sarà proprio qui, nella motivazione, che meglio si esprimeranno, anche nelle sentenze di rigetto delle istanze di annullamento e perfino nelle ordinanze motivate deliberate in camera di consiglio, gli impegni che la Costituzione ha prefisso al legislatore e le vie sulle quali questo deve affrettarsi per non tradirli.

25. — Il più nobile ufficio che nel render giustizia i giudici hanno sempre adempiuto è stato quello di suggerire al legislatore, attraverso la costanza delle interpretazioni giurisprudenziali, le riforme da apportare alla legislazione invecchiata: la Magistratura è stata sempre, attraverso la voce augusta della Corte di cassazione, la stimolatrice e la precorritrice del progresso delle leggi. Altrettanto augusto sarà il compito della giurisprudenza della Corte costituzionale, suprema interprete di quel non arrestabile moto di rinnovamento legislativo, che la Costituzione preannuncia e promette.

Proprio per questo, poichè giurisprudenza dei giudici e giurisprudenza della Corte costituzionale devono essere le due forze propulsive della trasformazione giuridica della società, è indispensabile che queste due forze agiscano d'accordo, in concorso verso le stesse mete e non in conflitto tra loro.

Non si deve credere che la interpretazione della Costituzione sia riservata in ogni caso alla Corte costituzionale. Tutte le volte in cui la Costituzione contiene precetti direttamente applicabili ai rapporti individuali, senza che essa si trovi in collisione con leggi ordinarie, è l'autorità giudiziaria che deve giudicare direttamente della interpretazione e della applicazione delle norme costituzionali, tenendole presenti per sottoporre a interpretazione evolutiva le leggi ordinarie e per vivificarle coll'infondervi lo spirito progressivo della Costituzione.

Così, per dare un esempio, quando il giudice si troverà a dover applicare l'art. 2099 del cod. civ., il quale gli dà il potere di determinare equitativamente, in mancanza di accordo tra le parti, la retri-

buzione del lavoratore, egli non avrà bisogno di rimettere la questione alla Corte costituzionale per uniformarsi, attraverso il potere datogli dal Codice civile, all'art. 36 della Costituzione, il quale vuole che la retribuzione del lavoro sia in ogni caso « sufficiente ad assicurare a lui e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa ».

Del pari, quando l'art. 16 della Costituzione garantisce ad ogni cittadino il diritto di espatrio, ma lo limita colla frase « salvo gli obblighi di legge », interpretare quali siano le leggi ordinarie dalle quali possono derivare gli obblighi che quella disposizione fa salvi (46) rientra nella normale attività interpretativa degli organi giurisdizionali, fino a che non si sollevi la eccezione di illegittimità costituzionale contro la legge da cui tale obbligo si vuol far derivare.

La interpretazione della Costituzione non rimarrà dunque affidata in maniera esclusiva alla Corte costituzionale; essa sarà il prodotto di due confluenti giurisprudenziali, la giurisprudenza della Corte costituzionale e quella dell'Autorità giudiziaria, culminante nella Corte di cassazione. Ma chi unificherà, in caso di discordanza, questi due confluenti?

Se nel regolare il sindacato per illegittimità costituzionale l'Italia avesse scelto, come alla Costituente qualcuno avrebbe preferito, il sistema americano del sindacato diffuso affidato alla stessa Magistratura, la funzione di Corte costituzionale sarebbe venuta a concentrarsi, come negli Stati Uniti d'America, nella Corte di cassazione: e in tal caso anche nell'interpretazione della Costituzione essa sarebbe rimasta l'organo regolatore e unificatore della giurisprudenza. Ma poichè la Costituente ha adottato un sistema diverso, creando per il sindacato costituzionale una apposita Corte distinta dalla Corte di cassazione, bisogna curare che nel funzionamento di questi due organi ogni pericoloso dualismo di interpretazione giurisprudenziale sia escluso: e che nello spirito, se non nella organizzazione, queste due Corti funzionino come un'unica Assise.

26. — E tuttavia io mi domando (e con questa domanda conchiudo) se anche nella organizzazione non sarebbe possibile e provvido trovare tra questi due organi supremi un ponte di passaggio: quasi un accordo organico che permetta alla Magistratura di essere sempre presente nell'interno della Corte costituzionale e di farvi sentire la sua voce, in modo che la uniformità della interpretazione delle norme costituzionali avvenga, anche in mancanza di un unico organo

---

(46) Cfr. Cossiga, *Norme sulla libertà di espatrio e di emigrazione*, in « Rassegna di dir. pubblico », 1953, I, p. 63 e ss.

unificatore delle due giurisprudenze, attraverso il loro continuativo reciproco controllo.

Forse a questo proposito un suggerimento può venirci dal ricordo di quello che fu fatto, quando fu costituita l'Alta Corte siciliana. Parlo di questa benemerita Alta Corte come di un ricordo storico, non più come di una realtà presente: non perchè le esigenze che ne suggerirono la istituzione abbiano cessato di esistere, ma perchè essa, che fu creata in via provvisoria, è stata ormai riassorbita dalla Corte costituzionale nazionale e perchè le esigenze che essa ha sodisfatto in questi anni saranno d'ora innanzi sodisfatte su scala nazionale da quella più vasta e comprensiva Corte costituzionale della Repubblica italiana, che è anche, insieme, la Corte costituzionale della Sicilia e di tutte le altre regioni che compongono l'Italia.

Il problema del coordinamento dell'Alta Corte siciliana colla Corte costituzionale nazionale non esiste più, come problema giuridico: la loro coesistenza, sotto l'aspetto giuridico, sarebbe un assurdo. Per questo, tra i problemi di coordinazione che ho passato qui in rassegna, quello dell'Alta Corte siciliana non l'ho neppure menzionato, perchè non mi pare un problema che possa affaticare il giurista. Tuttavia, ripeto, dalla esperienza di quell'Alta Corte siciliana che fu e non è più, io credo che si possa trarre un prezioso esempio. Quando i componenti di questa Alta Corte dovettero procedere alla nomina del Procuratore Generale previsto per essa dall'art. 24 dello Statuto siciliano, la scelta cadde sul Procuratore Generale della Cassazione: ed egli rimase a quel posto, portandovi l'alto insegnamento della sua dottrina e della sua autorità, anche quando salì, nella stessa Cassazione, al grado supremo di Primo Presidente.

Mi domando se non sarebbe in avvenire opera di alto senno politico adottare per la Corte costituzionale nazionale lo stesso collegamento organico: istituire cioè, nell'interno della Corte costituzionale, una specie di Procura Generale coll'ufficio di concludere in udienza, nell'interesse di quell'imperativo supremo che già i romani chiamarono « *ius Constitutionis* »; e affidare in permanenza questo altissimo seggio, simbolo e garanzia della concordia di intenti che deve stringere la Magistratura alla Corte costituzionale, al Primo Presidente della Corte di cassazione.

XXV

LA COSTITUZIONE SI E' MOSSA (*)

Fu detto giustamente che la storia delle libertà costituzionali in America comincia da quella celebre sentenza del 1803 con la quale il giudice John Marshall, presidente della Corte Suprema, affermò per primo l'invalidità di una legge contraria alla Costituzione. Anche per la democrazia italiana la prima sentenza della Corte costituzionale segna una data: si può dire, senza peccare di enfasi, che da essa una nuova storia comincia.

Sotto l'aspetto strettamente giuridico questa sentenza cancella una volta per sempre dalla nostra legislazione il famigerato art. 113 del testo unico delle leggi di Pubblica Sicurezza. Ma ciò che più conta è la premessa generale, dalla quale la Corte è partita, della propria competenza a sindacare, in contrasto colla tesi sostenuta (purtroppo!) dalla Presidenza del Consiglio, tutte le leggi anteriori alla Costituzione: il che significa che finalmente i resti della legislazione fascista, verso i quali i governi di questo primo decennio hanno dimostrato lo stesso rispetto reverenziale che gli archeologi hanno per le rovine, sono ormai condannati ad essere spazzati via.

Ma, al di là dei suoi effetti giuridici, questa sentenza non potrà non avere benefiche ripercussioni sull'opinione pubblica, ed in generale sul clima della nostra vita politica. Anche gli uomini della strada, che non si intendono di sottigliezze legali, vedono coi loro occhi, in questa decisione che manda in frantumi nelle mani della polizia uno strumento di vessazioni contro la libertà dei cittadini, che cosa significhi in pratica avere una Costituzione rigida e una Corte costituzionale che la difende. Finora avevano ragione gli scettici, quando dicevano: « Che conta la Costituzione, se il governo non la vuole attuare? »; da oggi in avanti hanno torto: la Costituzione, finalmente, conta più del governo.

(*) [Pubblicato in « La Stampa » (Torino), 16 giugno 1956]. [*Bibliografia*, n. 840].

Questa sentenza servirà a diffondere tra i cittadini un senso di fiducia nei mezzi pacifici della legalità democratica; avrà nell'opinione popolare un'efficacia educatrice; farà rinascere lo stimolo consolante della speranza, senza il quale è vano pensare che una democrazia possa reggersi a lungo senza convulsioni. Anche la gente umile potrà dire d'ora innanzi, parafrasando la famosa frase del mugnaio di Sans Souci: « A Roma vi è la Corte costituzionale ». Questo basterà a dare ai cittadini un senso di tranquillità: sentiranno che la Costituzione non è soltanto una carta scritta, che la Repubblica non è stata una beffa.

E poi, questa decisione dovrebbe servire a rafforzare nei governanti il senso dei propri doveri e dei propri limiti: e ricordare agli immemori che, in un regime di Costituzione rigida e programmatica, nè il Governo nè lo stesso Parlamento sono onnipotenti. Tentativi contro i principî costituzionali di uguaglianza politica non potrebbero più essere ripetuti, quando si sa che ormai esiste e funziona l'organo imparziale che li renderebbe vani; e c'è da supporre che i Governi si affretteranno, per non lasciarsi sopravanzare dalla Corte costituzionale, a procedere a quelle revisioni legislative che avrebbero dovuto essere compiute entro termini da troppo tempo scaduti.

Fino a ieri poteva avvenire di sentirsi dire da un agente di polizia: « Io non conosco la Costituzione: conosco solo la legge di Pubblica Sicurezza ». Aveva ragione di dire così: erano queste le istruzioni che gli venivano dall'alto. Ma ora deve accorgersi che c'è una voce più alta, una voce vivente, purificatrice e chiarificatrice. Anche tra i funzionari di polizia le idee sui limiti dei loro poteri diventeranno più chiare: il valore della Corte costituzionale sarà grande non tanto per i casi in cui dovrà intervenire, quanto per tutti quelli in cui le autorità si abitueranno a rispettare da sè la Costituzione per evitare che la Corte intervenga. Basterà la sua presenza a creare un costume.

Il Paese dev'essere grato fino da ora alla Corte costituzionale, ai magistrati che la compongono, al presidente eccezionale che l'ha guidata in questi primi passi. Fin da questo suo esordio, essa non ha deluso la speranza del popolo italiano: questa prima decisione serve a consolidare la democrazia più che i mille comizi di una campagna elettorale. Essa permette ai cittadini, dopo un decennio di delusioni, di cominciare ad affezionarsi alla loro Costituzione, di sentirla viva, di accorgersi che ogni suo articolo non è una formula teorica, ma può diventare senza scosse la realtà di domani: e di poter valutare, di fronte alla convulsa e spesso insanguinata celerità delle trasformazioni sociali che operano le dittature, i vantaggi di un regime veramente democratico, che offre al popolo lo strumento legalitario per

rinnovare gradualmente la società senza sovvertirla, e senza rinunciare alla libertà.

Ma si ingannerebbe a partito chi volesse considerare la Corte costituzionale come uno strumento di conservazione: al pari della Corte Suprema degli Stati Uniti essa è e sarà uno strumento di progresso e di trasformazione sociale secondo il programma della Costituzione; e per questo soprattutto la salutiamo. Sul cammino della democrazia italiana si drizzano ancora vecchi sbarramenti: uno di essi, forse il più resistente, è la legge di Pubblica Sicurezza del tempo fascista. Ora la Corte costituzionale ne ha fatto saltare una pietra: al posto dell'art. 113 ora c'è un'apertura. Altre pietre cadranno, l'apertura si allargherà. Oggi si parla molto di apertura a destra o a sinistra; la Corte costituzionale non conosce destra o sinistra: conosce soltanto la strada maestra, la grande apertura che porta diritta verso l'avvenire.

Forse questa prima sentenza è la più solenne celebrazione del decennale della Repubblica.

Sulle tombe dei morti della Resistenza, questa sentenza, nella sua semplice austerità, è più significativa e più commovente di una corona di fiori.

XXVI

LA PRIMA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE (*)

1. — La decisione n. 1, 14 giugno 1956, della Corte costituzionale, la cui importanza può senza adulazione qualificarsi storica, ha risolto in maniera giuridicamente e politicamente ineccepibile la questione, vivacemente dibattuta dalla dottrina nei mesi precedenti, della competenza esclusiva di essa Corte a dichiarare la illegittimità costituzionale anche delle leggi anteriori alla Costituzione. Se la Corte costituzionale avesse risolto in maniera negativa tale questione, riservando il suo sindacato, come qualcuno sosteneva, alle sole leggi posteriori alla Costituzione, essa, con questa automutilazione, avrebbe deluso la giusta attesa formatasi intorno ad essa nella opinione pubblica: la prima sentenza (e quelle che l'hanno seguita) non ha tradito l'aspettazione del popolo italiano.

Con questa sentenza la Corte costituzionale ha rivendicato a se stessa l'ufficio di depurare il nostro ordinamento giuridico da tutte le scorie della legislazione fascista che ancora vi si annidavano (e vi si annidano): l'art. 113 del t. u. delle leggi di P. S. è caduto per primo; altri sono caduti colle decisioni successive, sopraggiunte con quel ritmo di intenso lavoro che è stato impresso al supremo Consesso costituzionale dal suo impareggiabile presidente. E così finalmente, attraverso l'opera serena e severa di questa Corte, tutta l'impalcatura del passato regime gradualmente ma inesorabilmente cadrà.

Possiamo guardare con legittimo orgoglio, come giuristi e come italiani, a questa decisione, la quale ha avuto la virtù di dare a tutto il nostro ordinamento costituzionale un nuovo senso di solidità e di fiducia: solo rammarico, per chi ha avuto l'onore di sostenere come

---

(*) [Pubblicato in « Rivista di diritto processuale », a. XI (1956), parte II, pp. 149-160; ristampato in *Studi*, VI, pp. 262-273. Tradotto in lingua spagnola da Santiago Sentís Melendo in P. Calamandrei, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1962, pp. 185-198]. [*Bibliografia*, n. 850].

avvocato in quella prima udienza la tesi che poi la Corte ha accolto, è quello di aver udito in quel primo dibattito la altissima dottrina dell'Avvocatura dello Stato sprecarsi in sofismi, a sostegno di una tesi giuridicamente sbagliata e politicamente inspirata (o almeno tale da sembrarlo) a difendere le leggi della dittatura contro la Costituzione.

Non è il caso di riepilogare qui le ragioni per le quali la grande maggioranza dei più autorevoli costituzionalisti, già prima che la Corte costituzionale si pronunciasse, si era schierata a favore della tesi che poi la Corte ha fatto propria (1). Nella sobria motivazione di questa prima sentenza la Corte non si è lasciata attrarre (e ha fatto bene) nel labirinto delle sottili dispute in cui la polemica si era diffusa e approfondita: la sentenza si è limitata a osservare che la tesi secondo la quale la nozione di illegittimità costituzionale dovrebbe intendersi limitata soltanto alle leggi posteriori alla Costituzione non può essere accolta per due argomenti fondamentali: uno testuale (*ubi lex non distinguit*) e uno logico, perchè la relazione di prevalenza tra le leggi costituzionali e le leggi ordinarie, siano esse anteriori o posteriori alla Costituzione, non si fonda mai su una ragione di successione cronologica, ma sempre su una diversità di intrinseca autorità nella graduatoria delle fonti giuridiche.

In questa concisa motivazione vi è quanto basta per tagliare alla radice il potenziale conflitto di competenza fra la Corte costituzionale e l'Autorità giudiziaria, che era stato il fulcro pratico di tutta la polemica. L'argomento principale, com'è noto, era stato trovato nel contrapporre la nozione di « illegittimità costituzionale » alla nozione di « abrogazione »: si era sostenuto che quando il contrasto sorgesse tra una legge ordinaria anteriore e la legge costituzionale successiva, qui non c'era bisogno di parlare di « illegittimità costituzionale », ma si poteva rimanere nel campo della abrogazione per incompatibilità (art. 15 delle Disp. prel.), per accertare la quale non c'era ragione di togliere alla Autorità giudiziaria una competenza che essa aveva sempre avuto e doveva mantere integra.

Ma la sentenza della Corte costituzionale ha negato questa distinzione: il contrasto tra legge ordinaria e legge costituzionale è *sempre* un caso di illegittimità costituzionale; anche se, trattandosi di legge ordinaria anteriore, questo contrasto potrebbe in certi casi essere prospettato, sotto il profilo dell'art. 15 disp. prel., come un caso di abrogazione per incompatibilità, la nozione di abrogazione per incompatibilità resta in ogni caso assorbita e compresa in quella più vasta di

(1) Cfr. il mio scritto *Corte costituzionale e Autorità giudiziaria*, in *Studi*, pag. 210 e segg. [e in questo volume delle *Opere, supra*]; e il *Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, I, fasc. 1-3, pag. 261.

illegittimità costituzionale sotto il profilo dell'art. 134 della Cost. e dell'art. 1 della l. cost. 8 febbraio 1948 n. 1. *Anche la incompatibilità tra la Costituzione e una legge ordinaria anteriore è sempre un caso di illegittimità costituzionale*: questa è, mi pare, la massima alla quale può ridursi in sintesi l'insegnamento di questa prima sentenza.

2. — Non si può dire che con questa decisione la Corte costituzionale si sia messa in assoluto contrasto colla opinione della Corte di cassazione.

Assai prima che la Corte costituzionale si pronunciasse, la Corte di cassazione, con largo senso di comprensione costituzionale e con piena consapevolezza della relazione di reciproca complementarietà che deve passare tra il supremo consesso costituzionale e il supremo consesso giurisdizionale, era venuta incontro alla tesi che voleva estendere il sindacato della Corte costituzionale anche alle leggi anteriori alla Costituzione. In una risoluzione interna approvata nell'assemblea dell'11 febbraio 1956 indetta dal Primo Presidente tra i presidenti delle Sezioni civili e penali della Corte di cassazione, era stato riconosciuto che « non sembrerebbe giustificata nè opportuna una rigida presa di « posizione da parte della Magistratura, e particolarmente da parte « della Corte di cassazione, nel senso di escludere senz'altro, a priori, « per le leggi anteriori, la nozione stessa di legittimità costituzionale, « e quindi di affermare sotto ogni aspetto, quanto alle dette norme, « il permanere della competenza giurisdizionale ordinaria »; e questo concetto era stato poi pubblicamente ribadito e illustrato in un discorso tenuto dallo stesso Primo Presidente Eula il 28 aprile 1956 a Napoli, che ha, per l'autorità dell'oratore e per la illuminata larghezza della trattazione, il valore, più che di una conferenza teorica, di un altissimo atto di comprensione e di collaborazione costituzionale.

La stessa Corte di cassazione aveva già respinto la contrapposizione tra leggi anteriori e leggi posteriori alla Costituzione, come valido criterio di delimitazione di competenza tra Autorità giudiziaria e Corte costituzionale: e aveva riconosciuto che anche le leggi anteriori rientrano sotto il sindacato di costituzionalità della Corte costituzionale.

3. — Tuttavia, anche con questa concessione, non si può dire che il dissidio sia interamente sanato: perchè la Corte di Cassazione, sia attraverso la risoluzione dei presidenti di sezione, sia attraverso la parola del suo Primo Presidente, ha proposto un criterio di delimitazione di competenza che, pur riconoscendo in generale alla Corte costituzionale il sindacato anche sulle leggi anteriori alla Costituzione, traccia tuttavia una linea di confine che riserva alla Autorità giudi-

ziaria ordinaria la competenza su una più ristretta categoria di casi; negando in questo modo, per essi, la competenza esclusiva della Corte costituzionale.

La linea di confine, secondo la Corte di cassazione, dovrebbe trovarsi, per le leggi anteriori alla Costituzione, in una ulteriore distinzione fra tre diversi tipi di norme costituzionali: norme programmatiche, norme precettive ad esecuzione differita, norme precettive ad esecuzione immediata (dette anche norme precettive *perfette*). Mentre il contrasto tra una legge ordinaria anteriore e una norma costituzionale del primo o del secondo tipo rientrerebbe sempre nella competenza della Corte costituzionale, il contrasto tra una legge ordinaria anteriore e una norma costituzionale precettiva perfetta dovrebbe restare di competenza dell'Autorità giudiziaria. « Quando, invero, il « paragone fra le norme di legislazione ordinaria (anteriore) e la Co- « stituzione, si ponga con riguardo a disposizioni di questa, le quali « per la precedente elaborazione giurisprudenziale e per consenso di « critica, si debbano ormai considerare precettive, si impone ancora « oggi al giudice il potere-dovere di farne diretta immediata applica- « zione nella causa, senza d'uopo di provocare nuovamente nella qua- « lificazione, attraverso la complicazione dell'incidente di costituziona- « lità, il crisma confermativo formale di una decisione della Corte « costituzionale ». ... « Qui evidentemente un tal comportamento, che « determinerebbe praticamente la paralisi *sine die* di quasi tutta la « competenza delle Sezioni Unite, suonerebbe *disapplicazione* anzichè « *applicazione* della Costituzione » (2).

4. — Nessuno può disconoscere la gravità teorica e soprattutto *pratica* di queste considerazioni. Fino da quando la Costituzione è entrata in vigore la Corte di cassazione ha riconosciuto come precettive perfette molte norme di essa (3), come ad esempio (è il caso più tipico) l'art. 111, che ha esteso il sindacato della Cassazione, anche per violazione di legge, alle sentenze delle giurisdizioni speciali: ed ha conseguentemente considerato come abrogate per incompatibilità le leggi ordinarie anteriori che erano in contrasto con queste norme costituzionali precettive: come, per es., l'art. 362 C. p. c., che limitava il sindacato della Cassazione ai soli motivi attinenti alla giurisdizione. Ora in tutti questi casi in cui la Cassazione, con costante giurisprudenza, ha già riconosciuto da sè che una legge ordinaria è stata abrogata per incompatibilità con una norma costituzionale, che bisogno c'è, se un caso analogo si ripresenta, di sospendere il giudizio per pro-

(2) Cfr. Eula, *Magistratura e Costituzione*, pag. 17 dell'estratto.
(3) Cfr. Eula, *Scritto cit.*, n. 5.

vocare la decisione della Corte costituzionale, coll'unico effetto di perdere tempo in attesa ch'essa ripeta ciò che la Corte di cassazione ha già detto da sè? « Ciò si tradurrebbe, in molti casi, in una dene- « gazione di giustizia, o in un ingiustificabile ritorno su posizioni « ormai superate, con danno incalcolabile delle parti e per il regolare « funzionamento della giurisdizione » (4).

Può parere giustissimo. Ma come si conciliano queste considerazioni con quello che è scritto nella prima sentenza della Corte costituzionale?

In verità, nella motivazione della sentenza della Corte costituzionale vi è un periodo il quale, a una prima lettura, potrebbe far credere che una siffatta conciliazione sia possibile. E' opportuno tener sott'occhio questo periodo: « Non occorre poi fermarsi a esaminare se « e in quali casi, per leggi anteriori, il contrasto con norme della « Costituzione sopravvenuta *possa configurare un problema di abro-* « *gazione da risolvere alla stregua dei principii generali fermati nel-* « *l'art.* 15 *disp. prel.* I due istituti giuridici della abrogazione e della « illegittimità costituzionale non sono identici fra loro, si muovono su « piani diversi, *con effetti diversi e con competenze diverse.* Il campo « dell'abrogazione inoltre è più ristretto, in confronto di quello della « illegittimità costituzionale, e i requisiti richiesti perchè si abbia « abrogazione per incompatibilità secondo i principii generali sono « assai più limitati di quelli che possano consentire la dichiarazione « di illegittimità costituzionale di una legge ».

Questo periodo, e specialmente le frasi da me contrassegnate in corsivo, possono ingenerare qualche perplessità: parrebbe dunque che, anche la Corte costituzionale non abbia voluto escludere, come ipotesi possibile, ma deliberatamente lasciata insoluta, che, nei contrasti tra leggi ordinarie anteriori e norme costituzionali, si possano ancora in certi casi configurare problemi di abrogazione da risolvere in base ai principii dell'art. 15 disp. prel., « con effetti diversi e con competenze diverse »; il che vorrebbe dire, allora, che vi potrebbero essere problemi di abrogazione che non fossero contemporaneamente problemi di « illegittimità costituzionale »; ossia che vi potrebbero essere casi in cui la risoluzione del contrasto tra una legge ordinaria anteriore e una norma costituzionale rimarrebbe di competenza del giudice ordinario, senza bisogno di sollevare l'incidente di illegittimità costituzionale. Ma allora, se così fosse, come potrebbe restare fermo il principio generale, posto dalla stessa sentenza della Corte, secondo il quale la incompatibilità tra la Costituzione e una legge ordinaria è *sempre* un caso di illegittimità costituzionale?

---

(4) Cfr. EULA, *Scritto cit.*, pag. 17.

5. — In verità io penso che la Corte costituzionale, se avesse voluto approfondire (come farà certamente quando le si presenterà l'occasione) il problema delle relazioni tra illegittimità costituzionale e abrogazione, che in questa prima sentenza è solo sfiorato, sarebbe giunta alla conclusione, logicamente scaturente dalle sue premesse, che la soluzione del problema *non ammette eccezioni*: e che di fronte alle leggi anteriori alla Costituzione, la abrogazione per incompatibilità e la illegittimità costituzionale non sono due diversi fenomeni, ma sono lo stesso fenomeno visto da due diversi punti d'osservazione. Anche nel caso di incompatibilità tra una legge ordinaria anteriore e una norma costituzionale precettiva perfetta, lo stesso fenomeno che il giudice ordinario vede come abrogazione per incompatibilità, appare, quando sia guardato dalla Corte costituzionale, come un caso di illegittimità costituzionale su cui soltanto essa Corte è competente.

Forse si potrebbe pensare (ma lo dico con una certa perplessità) che il giudizio sull'abrogazione rimarrebbe di competenza dell'Autorità giudiziaria in quei casi (se vi fossero) in cui in qualche disposizione della Costituzione fosse contenuta una abrogazione *esplicita* e *specifica* di qualche legge ordinaria precedente. Se, ad esempio, nell'art. 40 della Costituzione, che stabilisce il diritto di sciopero, un capoverso avesse aggiunto: « Sono abrogati gli articoli da 502 a 511 del Cod. penale », qui si sarebbe avuto un caso di quella che l'articolo 15 Disp. prel. chiama abrogazione « per dichiarazione espressa del legislatore », e l'Autorità giudiziaria, di fronte a questa abrogazione espressa, resa per così dire automatica e indiscutibile dalla volontà espressa dello stesso legislatore costituente, potrebbe tenerne conto immediatamente senza bisogno di rimettere la questione alla Corte costituzionale. Ma quando il contrasto tra la legge ordinaria anteriore e la Costituzione dà luogo a una abrogazione non « per dichiarazione espressa del legislatore », ma per *incompatibilità*, allora il decidere se questa incompatibilità vi sia e se di conseguenza la legge debba ritenersi implicitamente abrogata, diventa una questione di apprezzamento soggettivo del giudice, una questione di interpretazione delle due norme poste a raffronto, che per essere decisa con efficacia *erga omnes* deve per forza essere rimessa alla Corte costituzionale.

6. — In fondo, a parer mio, la soluzione di questo problema così delicato della ripartizione di competenza tra la Corte costituzionale e l'Autorità giudiziaria sulle questioni di illegittimità costituzionale, non può esser cercata altro che nella *diversità funzionale* che passa tra le sentenze dei giudici e i provvedimenti della Corte costituzionale. La sentenza del giudice decide un caso singolo, *inter partes*: il provvedimento della Corte costituzionale (anche se si chiama senten-

za), non decide un caso singolo, ma dichiara inefficace *erga omnes*, per tutti i casi simili, una norma di legge. Se il giudice ordinario interpreta in un dato modo la legge da applicare al caso e se, in base a tale interpretazione, dichiara che non è più applicabile perchè è stata abrogata per incompatibilità con una norma della Costituzione, queste sue *opinioni* sulla interpretazione e sulla inefficacia di quella legge valgono per il caso deciso, ma non impediscono a lui medesimo ed a tutti gli altri giudici, che si trovino in avvenire a dover decidere casi simili, di cambiare opinione e di accorgersi, ripensandoci meglio, che in realtà quella legge è compatibile colla Costituzione, e che quindi non è stata abrogata. Perchè la abrogazione per incompatibilità diventi efficace *erga omnes*, in modo che nessun giudice possa più in avvenire cambiare opinione in proposito, bisogna che intervenga la Corte costituzionale colla sua pronuncia. Quando la Corte costituzionale dichiara inefficace una legge, oggetto della sua decisione è appunto quella *legge* in generale; ma quando chi dichiara tale inefficacia è il giudice ordinario, oggetto della decisione non è la legge, ma il singolo rapporto controverso al quale la legge si deve applicare, e il giudizio sulla inefficacia (o sulla abrogazione) della legge non è che una premessa, cioè un'*opinione* che non passa in giudicato. Questa è la differenza: perchè si formi il giudicato *erga omnes* sulla abrogazione della legge per incompatibilità colla Costituzione occorre una decisione della Corte costituzionale: la sentenza del giudice ordinario non può *mai* avere lo stesso effetto.

7. — Nella magnifica conferenza di Ernesto Eula, che sopra ho ricordato, vi è una frase, la quale mi sembra il punto vulnerabile della sua argomentazione: là dove egli dice che non c'è bisogno di ricorrere alla Corte costituzionale quando la questione della incompatibilità tra la legge ordinaria e la Costituzione « si ponga con riguardo « a disposizioni di questa, *le quali per la precedente elaborazione « giurisprudenziale e per consenso di critica, si debbano ormai consi- « derare precettive* ». In questo caso, dice l'insigne autore, per decidere che la legge ordinaria è stata abrogata, non c'è bisogno del « crisma confermativo formale di una decisione della Corte costituzionale ».

E' proprio questo argomento che mi lascia perplesso: perchè la « precedente elaborazione giurisprudenziale » e il « consenso della critica » hanno soltanto un'autorità *di fatto*, che non equivale *di diritto* a quella proclamazione *erga omnes* della inefficacia della legge, la quale può derivare soltanto dalla pronuncia della Corte costituzionale. Anche se dieci giudici hanno detto in dieci cause diverse che quel tale articolo di una legge ordinaria precedente alla Costituzione deve con-

siderarsi abrogato per incompatibilità con questa, non si può escludere che venga domani un undicesimo giudice a dimostrare che l'incompatibilità non c'è e che quindi la legge precedente è ancora in vigore.

In verità, la distinzione tra norme precettive ad attuazione immediata e norme precettive ad attuazione differita non è sempre agevole: e spesso il giudizio su questa distinzione può essere inconsapevolmente guidato da considerazioni contingenti di opportunità politica e sociale, che possono variare nel tempo e portare a disformità di giurisprudenza che in materia costituzionale sono particolarmente pericolose. Proprio per questo la possibilità di incertezze e di pentimenti di giurisprudenza sulla compatibilità o incompatibilità di una legge costituzionale con una legge ordinaria non è ammessa dal nostro ordinamento vigente: il giudizio sulla compatibilità deve essere dato una volta per sempre e una volta per tutti dalla Corte costituzionale, *garante suprema della certezza della Costituzione.*

8. — Vi è, nella giurisprudenza giudiziaria anteriore alla entrata in funzione della Corte costituzionale, un esempio tipico di queste incertezze, che solo la Corte costituzionale può eliminare.

Si sa che la differenza tra norme costituzionali precettive ad esecuzione differita (non aventi efficacia abrogativa delle leggi anteriori) e norme precettive ad esecuzione immediata (aventi efficacia abrogativa) è basata di solito su ciò: che mentre le prime pongono un precetto destinato ad entrare in vigore solo quando sarà tradotto in leggi ordinarie, le seconde pongono un precetto che entra in vigore subito, senza alcuna riserva di successiva traduzione in leggi ordinarie di attuazione. Seguendo questo criterio l'art. 40 della Costituzione, secondo il quale « il diritto di sciopero si esercita *nell'ambito delle leggi che lo regolano* », si potrebbe considerare come appartenente alla categoria delle norme a esecuzione differita, in quanto, rimettendo a leggi non ancora emanate la determinazione del suo ambito, potrebbe apparire come condizionato nella sua efficacia alla emanazione di queste leggi. Dovrebbe valere per esso, per chi parta da queste premesse, lo stesso criterio che ha portato la Corte di cassazione a ritenere che l'art. 111 della Costituzione (al quale essa ha riconosciuto efficacia abrogativa immediata nei confronti dell'art. 362 Cod. p. c. che riguarda in genere tutti gli organi di giurisdizione speciale) abbia invece il carattere di norma ad esecuzione differita nei confronti del Tribunale Supremo militare, perchè il secondo comma della Disp. trans. VI stabilisce che « entro un anno dalla stessa data [cioè entro il 31 dicembre 1948!] si provvede *con legge* al riordinamento del Tribunale supremo militare in relazione all'art. 111 ».

E tuttavia, nonostante questa identità di situazione nei due casi, la Corte di cassazione ha ritenuto che l'art. 40 abbia, ancor prima che siano emanate le leggi per regolare lo sciopero, efficacia abrogativa degli articoli del Cod. penale che considerano lo sciopero come un reato (art. 502-511); e ha ritenuto viceversa che l'art. 111, fino a che non saranno emanate le leggi per riordinare il Tribunale Supremo militare, non abbia efficacia abrogativa dell'art. 400 del Cod. pen. militare che continua a limitare il ricorso in cassazione contro le sentenze di quel Tribunale ai soli casi di incompetenza o di eccesso di potere.

Perchè questa differenza? Evidentemente perchè la distinzione tra norme costituzionali ad esecuzione immediata e norme costituzionali ad esecuzione differita è una distinzione elastica ed opinabile; e perchè la valutazione della incompatibilità tra una legge ordinaria anteriore e una norma della Costituzione non è un giudizio rigorosamente giuridico, ma è anche un giudizio di opportunità politica, in cui entrano naturalmente in giuoco elementi di sensibilità contingente che possono variare da giudice a giudice.

La dimostrazione di questa perdurante variabilità si è avuta proprio nell'applicazione giurisprudenziale dell'art. 40 della Costituzione: uno di quelli che, secondo la Cassazione, dovrebbero considerarsi « per la precedente elaborazione giurisprudenziale e per consenso della critica » come di immediata attuazione e quindi di immediata efficacia abrogativa delle leggi precedenti che vietavano e punivano lo sciopero. E tuttavia, nonostante tale consenso, si è trovato un Tribunale, quello di Cremona, che in una serie di decisioni, tra il 1948 e il 1950, ha ripetutamente affermato che « allo stato attuale della legislazione l'esercizio del diritto di sciopero non può ritenersi consentito, essendo subordinato, ai sensi dell'art. 40 della Cost., all'emanazione delle leggi che lo dovranno regolare mediante la distinzione fra sciopero legittimo ed illegittimo »; e che quindi gli art. 502 e segg. Cod. pen., che prevedono lo sciopero come reato, devono considerarsi come tuttora in vigore (5).

Evidentemente, se la Corte costituzionale fosse intervenuta con una sua decisione a dichiarare la inefficacia degli art. 502 e segg. Cod. pen. per incompatibilità coll'art. 40 della Costituzione, il Tribunale di Cremona non avrebbe potuto ostinarsi in questa sua giurisprudenza, che, giustificabile in base alla distinzione formalistica tra norme ad esecuzione immediata e norme ad esecuzione differita, diventa mo-

(5) Cfr. Trib. Cremona, 23 dic. 1948, in *Giur. it.*, 1949, II, 232; Trib. Cremona, 29 giugno 1949, in *Foro padano*, 1950, IV, 112; Trib. Cremona, 18 dic. 1950, in *Giur. it.*, 1950, 1-2, 300.

struosa in base a quella valutazione di ordine politico-costituzionale che solo la Corte costituzionale può compiere con efficacia *erga omnes*.

9. — Questa è la ragione più decisiva per la quale io continuo a ritenere che anche nei casi in cui fin da principio la Corte di cassazione ha riconosciuto da sè la immediata efficacia abrogativa di qualche norma costituzionale, sia necessario, ora che la Corte costituzionale c'è, provocare il « crisma confermativo formale » di una decisione di questo supremo consesso. *Il quale non è mai inutile*: perchè fino a che questo crisma non c'è, non si può escludere la eventualità di un cambiamento di giurisprudenza.

Finchè la decisione *erga omnes* sulla abrogazione degli art. 502 e segg. Cod. pen. non c'è, chi ci assicura che domani, in un momento di tensione sociale, non si trovino autorità amministrative e magari giudici come quelli del Tribunale di Cremona, disposti a sostenere che gli art. 502 e segg. del Cod. penale sono sempre in vigore, e a procedere quindi a misure penali contro gli scioperanti?

Finchè sulla avvenuta abrogazione di una legge anteriore per incompatibilità colla Costituzione c'è soltanto il consenso della dottrina e la uniformità della giurisprudenza giudiziaria, non è esclusa la possibilità che questo consenso cambi, che questa uniformità si interrompa. Gli articoli che la giurisprudenza ha considerato abrogati *inter partes* non cessano per questo di essere scritti nell'ordinamento giuridico. I giudici ordinari possono non applicarli, ma non possono *cancellarli* dall'ordinamento giuridico; questa cancellazione può essere fatta solo dalla Corte costituzionale, e bisogna in ogni caso provocarla, per evitare che questi articoli *non cancellati* siano riesumati al momento giusto e possano giustificare, in occasione di perturbamenti politici, un ritorno al passato. Sarebbero altrimenti come bacilli incapsulati e quiescenti, che da un momento all'altro, attraverso un cambiamento di clima, possono ridestarsi e produrre una riapparizione della malattia. Solo la decisione della Corte costituzionale può estinguerli una volta per sempre: e immunizzare l'ordinamento giuridico dalle ricadute!

Per questo, pur rendendomi conto della gravità delle considerazioni esposte dal Primo Presidente della Cassazione sugli inconvenienti pratici che si verificherebbero se l'Autorità giudiziaria dovesse anche in questi casi rimettere la decisione alla Corte costituzionale, ritengo che il sistema voluto dalla nostra Costituzione non ammetta eccezioni: e son lieto di trovare conferma tranquillante di questa mia opinione (6) nella prima sentenza della Corte costituzionale.

---

(6) Cfr. il mio scritto cit., nn. 14-17.

XXVII

SULLA NOZIONE DI « MANIFESTA INFONDATEZZA » (*)

Nel luglio scorso in un colloquio che ebbi a Parigi col Primo Presidente della *Cour de Cassation*, venne in questione l'argomento, che è attuale in Francia come da noi, della mole ingente di ricorsi arretrati che la Cassazione non riesce a smaltire: e, passando in rassegna i possibili rimedi contro questo inceppamento, gli domandai perchè era stata abolita la *Chambre des requêtes* che fino a pochi anni fa aveva l'ufficio di fare un primo esame delibativo di tutti i ricorsi in cassazione, operando come un vaglio che impediva ai ricorsi manifestamente infondati di arrivare alla discussione approfondita della *Chambre civile*. La risposta fu questa: che i magistrati della *Chambre des requêtes* erano diventati troppo bravi: invece di limitarsi a respingere con una succinta e anodina ordinanza i ricorsi manifestamente infondati, avevano preso gusto a spiegare con dotte e diffuse argomentazioni quali erano le ragioni per cui li respingevano. Volevano dimostrare anche loro di saper fare una bella motivazione. Così la *Chambre des requêtes* si era messa a gareggiare in bravura cogli *arrêts* e colle decisioni della *Chambre civile*: e poichè il vantaggio della rapida soluzione delibativa andava così perduto, si era pensato che, essendo diventata la *Chambre des requêtes* un ingombrante duplicato della *Chambre civile*, era meglio abolirla.

Questa spiegazione mi è tornata in mente leggendo la ordinanza delle Sezioni Unite penali della nostra Corte di Cassazione del 16 giugno 1956, colla quale è stata respinta come manifestamente infondata la eccezione, dedotta dal ricorrente Domenico Tondi, di illegittimità costituzionale dell'art. 22 Cod. pen. che commina la pena dell'ergastolo.

Si qualifica « ordinanza », ma in realtà è una diffusa e motivatis-

---

(*) [Pubblicato in « Rivista di diritto processuale », a. XI (1956), parte II, pp. 164-174; ristampato in *Studi*, VI, pp. 274-279. Tradotto in lingua spagnola da Santiago SENTÍS MELENDO in P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, pp. 367-373]. *[Bibliografia*, n. 851.]

sima decisione, più diffusa e più accuratamente motivata della grandissima parte delle sentenze delle Sezioni penali. Il problema delicatissimo della illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo, cioè della sua incompatibilità coll'art. 27 della Costituzione, secondo il quale tutte le pene « devono tendere alla rieducazione del condannato », è esaminato accuratamente e dottamente; per arrivare a concludere che nessuna illegittimità o incompatibilità sussiste, e che l'eccezione deve essere per questo respinta.

Se fosse una sentenza, non rimarrebbe che compiacersi della profondità con cui le Sezioni Unite hanno studiato il problema. Devo dire che la motivazione, per quanto diligentissima ed estesa a tutti gli aspetti del problema, non mi convince: anche dopo averla attentamente meditata, rimango della opinione contraria (anzi direi che tra gli argomenti che essa adduce, ve ne sono alcuni che sempre più mi confermano nella mia opinione). Ma il male è che questa motivatissima decisione è (e doveva restare) una ordinanza. Non voglio entrare qui a discutere il merito dell'angosciosa questione: voglio qui soltanto domandarmi se veramente in questo caso l'ordinanza si sia limitata, come vuole l'art. 1 della l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1, a riconoscere la « *manifesta* infondatezza » della questione di illegittimità costituzionale che era stata sollevata, restando così nei limiti della propria competenza meramente delibativa, o se non abbia piuttosto invaso la competenza della Corte costituzionale compiendo quell'esame *approfondito* della questione che secondo la legge sopra citata deve essere appunto riservato all'indagine del supremo organo costituzionale.

Ex ore tuo te judico: se la eccezione proposta fosse stata davvero « manifestamente » infondata, le Sezioni Unite per respingerla non avrebbero sentito il bisogno di una così accurata e diffusa motivazione. Se per dimostrare che la eccezione era infondata è stato necessario tanto sfoggio di dialettica, perfino superiore a quello che abitualmente la Cassazione adopera nelle sue sentenze, vuol dire che il problema appariva come degno di una lunga indagine e di una approfondita meditazione, tale da escludere *re ipsa* che la infondatezza, riconosciuta alla fine del lungo ragionamento, fosse *prima facie* o *ictu oculi* « manifesta ». Infondatezza sì (secondo l'opinione della Cassazione); ma non infondatezza « manifesta », cioè di facile e agevole dimostrazione.

Dall'insegnamento autorevolissimo del Primo Presidente della Cassazione abbiamo appreso che l'indagine preliminare che il giudice ordinario deve compiere per stabilire se una eccezione di illegittimità costituzionale sia « manifestamente infondata », consiste in « un'indagine non meramente superficiale, ma neppure di penetrante esegesi « critica, volta come è a rilevare *in limine*, attraverso sobria deliba-

« zione, il *fumus boni iuris*, ossia la effettiva controvertibilità in diritto, « per apprezzabilità di argomenti o di dubbi, della questione » (1).

Si tratta, com'egli stesso ha avvertito, di una valutazione assai delicata: trovare il confine tra la semplice « infondatezza », che può essere dichiarata soltanto dalla Corte costituzionale, e la infondatezza qualificata, cioè « manifesta », che può essere preliminarmente riconosciuta dall'Autorità giudiziaria, è in pratica assai difficile, anche perchè la legge rimette la distinzione alla sensibilità dell'interprete e non detta criterî positivi che possan guidarlo.

Ma qualcuno di questi criterî può essere facilmente suggerito: può avere importanza, per ritenere la « manifesta infondatezza », il fatto che già esistano concordi precedenti giurisprudenziali in senso contrario; o che, se la questione è nuova in sede giudiziaria, la dottrina si sia sempre pronunciata in tal senso; o che, anche se in proposito la giurisprudenza e la dottrina hanno taciuto, ciò sia derivato evidentemente dal fatto che nessuno aveva finora osato mai sollevare una questione talmente inconsistente e inattendibile. Ci sono certe tesi giuridiche (i giudici e gli avvocati le riconoscono al fiuto) che non possono essere proposte se non per spirito di *chicane*: per esse si può parafrasare quella definizione che i dottori di diritto canonico davano del fatto notorio, quello che non può esser negato se non in malafede, se non come pretesto dilatorio, « *nisi tergiversatione aliqua* »: manifestamente infondate sono quelle eccezioni che non possono essere proposte « *nisi tergiversatione aliqua* ».

Ma quando la questione è controversa in dottrina, quando, specialmente, i dissensi e i dubbi su di essa si sono manifestati non in sede forense (ove gli avvocati sono spesso tratti a sostenere le tesi più audaci per interesse di difesa) ma in sede scientifica, ove la discussione è alimentata soltanto dalla spassionata e imparziale ricerca della verità, allora si esce fuori dal campo della « manifesta » infondatezza, e si entra in quello della *opinabilità*, nel quale, in materia di illegittimità costituzionale, il giudice ordinario non può spingersi senza invadere il campo riservato alla Corte costituzionale.

Si può dire che la opinione di chi ritiene che l'art. 22 del Cod. penale sia in contrasto coll'art. 27 della Costituzione, appaia *ictu oculi* talmente destituita di serietà, da far ritenere che non possa essere sostenuta « *nisi tergiversatione aliqua* »? Prima di questa ordinanza, la questione non era mai stata sollevata in sede giudiziaria; ma era stata oggetto poco tempo fa di appassionata discussione in un convegno appositamente convocato a Venezia, nel quale studiosi tra i più

---

(1) Ernesto Eula, *Magistratura e Costituzione*, pag. 16 dell'estratto.

autorevoli di discipline giuridiche e sociologiche si erano pronunciati nel senso che la pena dell'ergastolo non sia più compatibile con quella « rieducazione del condannato » che è posta dall'art. 27 della Costituzione come finalità di tutte le pene. Questa tesi, prevalente in sede dottrinaria, era stata prospettata alle Sezioni Unite con una difesa di valore eccezionale, per l'autorità dei difensori e per la serietà degli argomenti esposti in iscritto e a voce. Certo, si poteva essere di opinione opposta; ma si poteva dire sul serio che una tesi appoggiata sul consenso di così autorevoli sostenitori fosse da liquidarsi con un *fin de non recevoir,* per manifesta infondatezza, come si può fare di fronte all'espediente dilatorio tirato fuori dall'ultimo degli azzeccagarbugli?

Si aggiunga la vasta risonanza sociale della discussione, l'interesse appassionato con cui l'aveva seguita la opinione pubblica, commossa per il frequente ripetersi di condanne all'ergastolo fondate su errori giudiziarî: tutto questo sembrava che rendesse anche politicamente opportuno che di una sì grave questione fosse investita la Corte costituzionale, la quale anche se avesse risolto la questione in senso contrario al ricorrente, avrebbe potuto però richiamare su di essa, esaminandola in maniera generale ed astratta e non in relazione a un singolo caso concreto, l'attenzione del legislatore.

E infine, poichè è prevedibile che la eccezione così delicata e scottante sarà prima o poi risollevata in altri processi, non si può escludere che in avvenire si trovi qualche giudice di primo o di secondo grado che, non convinto della « manifesta infondatezza » di essa, prenda l'iniziativa, senza attendere che la questione arrivi in Cassazione, di rimetterla direttamente alla Corte Costituzionale; in tal caso, se la Corte costituzionale andasse per avventura in avviso diverso da quello espresso dalla Corte di cassazione in questa ordinanza, ciò non contribuirebbe a mantenere tra i due organi supremi quella costante consonanza di vedute, che è condizione desiderabile ed essenziale di stabilità del nostro ordinamento costituzionale.

Vorrei anche dire, se fosse questo il luogo per entrare nel merito della questione, che nell'ultima parte della ordinanza vi è un'argomentazione che, se non erro, anche sotto il profilo strettamente giuridico, è la miglior dimostrazione anzichè della « manifesta infondatezza » della sostanziale fondatezza della eccezione: « ergastolo » nella significazione dell'art. 22 Cod. pen., vuol dire condanna alla reclusione *perpetua,* destinata a durare cioè per tutta la vita: ed è proprio questa perpetuità che, anche a mio avviso, rende incompatibile questa pena colla finalità di rieducazione, che vuol dire speranza di rieducazione e di pentimento *in vita,* cioè di liberazione e di recupero sociale del colpevole pentito. Ora la ordinanza osserva che l'erga-

stolo nel nostro diritto non impedisce il recupero sociale, perchè anche l'ergastolano, dopo venti anni di pena *deve* essere proposto per la grazia quando « per la condotta tenuta e per le prove date di attaccamento al lavoro, sia giudicato meritevole di speciale considerazione » (art. 201 reg. 18 giugno 1931, n. 787): sicchè (secondo la Cassazione) la vera natura giuridica dell'ergastolo non può desumersi soltanto dall'art. 22, ma deve essere integrata e messa in relazione coll'istituto della grazia, che è appunto indirizzato « a premiare l'emenda del « reo e a rendere possibile il ritorno alla vita sociale anche dell'erga- « stolano ». Questo significa che la stessa Corte di cassazione ha in sostanza riconosciuto che, se *l'ergastolo fosse davvero ergastolo* (cioè, secondo l'art. 22 del C. pen., « pena perpetua »), non sarebbe compatibile colla finalità di recupero sociale scritta nell'art. 27 della Costituzione: può diventar compatibile solo perchè l'ergastolo non è vero ergastolo, cioè non è in realtà una pena perpetua: si chiama ergastolo, ma in realtà è ormai congegnato in modo che diventa una reclusione a tempo, che alla fine dei venti anni porta *necessariamente* a riprendere in esame la condotta del condannato per vedere se sia possibile il suo ritorno alla vita sociale.

Quale argomento migliore per dimostrare che l'art. 22 del C. pen., che parla di « pena perpetua », non è più conciliabile, *così com'è scritto*, colla concezione della pena rivendicata dall'art. 27 della Costituzione; e che di conseguenza la espressione « pena perpetua » deve essere cancellata, come può fare soltanto la Corte costituzionale, dalla nostra legislazione?

XXVIII

QUESTA NOSTRA REPUBBLICA (*)

In Francia ogni tanto si sente riaffiorare, difronte alla instabilità dei governi, l'idea della Repubblica presidenziale come una salvezza: e v'è, non soltanto da destra, chi auspica una riforma costituzionale in tal senso. Da noi viceversa ogni tanto lo spettro della Repubblica presidenziale viene agitato come un pericolo da chi rimane attaccato alla tradizionale onnipotenza del Parlamento, canone della repubblica parlamentare. In realtà, in materia costituzionale più che in ogni altra materia *omnis definitio periculosa*: quando si è detto che in Italia abbiamo una repubblica parlamentare, non si è detto nulla di preciso: ogni Costituzione è un *unicum*, e nella cornice delle formule generali, ciò che conta sono le norme specifiche, intese nel proprio clima storico da cui non possono essere avulse.

Indubbiamente la nostra è una Repubblica parlamentare, in cui il capo del governo è distinto dal capo dello Stato, e non può governare senza la fiducia del Parlamento. Ma forse ancora i cittadini italiani, ed i partiti, non hanno valutato a pieno che cosa voglia dire, e quali essenziali novità abbia introdotto nei vecchi schemi del sistema parlamentare l'avere una Costituzione, come dicono i costituzionalisti,

---

(*) [Pubblicato postumo in « Il Ponte », a. XII, n. 10 (ott. 1956), pp. 1633-1634, con la seguente nota redazionale:

E' questo l'ultimo articolo di Piero Calamandrei: scritto immediatamente prima dell'operazione, mancava soltanto degli ultimi ritocchi che l'Autore era solito dare alla prima stesura dei propri scritti. Per il messaggio che ad esso è affidato e per la circostanza in cui fu composto, ci sembra che esso acquisti quasi un valore simbolico; e come tale lo affidiamo alla meditazione e all'affetto dei lettori. Nel testo son racchiuse tra parentesi quadre le aggiunte che abbiamo creduto opportuno inserire qua e là, per rendere ancor più intelligibile un discorso che del resto è già di per sè chiarissimo.

Tradotto in lingua spagnola da Santiago Sentís Melendo in « Boletín del Instituto de derecho procesal » de la Universidad Nacional del Litoral, t. VII (Santa Fé, Argentina, 1957) (volume in memoria di P. Calamandrei), pp. 17-19]. [*Bibliografia*, n. 854].

rigida e *programmatica*. *Rigidezza* della Costituzione (cioè immutabilità di essa con leggi ordinarie) vuol dire che è venuta meno la onnipotenza del Parlamento nel legiferare: il Parlamento (a meno che si aduni in Costituente) non è più libero di fare le leggi che crede. Il vecchio detto che il Parlamento può tutto meno che cambiare l'uomo in donna non è più vero: il Parlamento può tutto meno che fare leggi in contrasto colla Costituzione.

Questo però significa non solo limitazione del potere legislativo nel fare leggi in contrasto colla Costituzione, ma limitazione anche dei poteri del governo, il quale non può proporre leggi in contrasto colla Costituzione: vi è dunque nell'indirizzo politico del governo una prima limitazione negativa, che gli deriva dai limiti posti dalla Costituzione: il governo non può proporre una legge che neghi la libertà di stampa, la uguaglianza di tutte le opinioni politiche: [stabilendo così] una discriminazione di partiti; se la propone, il Parlamento non può approvarla; se l'approva, la legge è inefficace.

Ma altre caratteristiche tipiche derivano dal fatto che la nostra Costituzione è programmatica, cioè contenente un vero e proprio programma di trasformazione sociale della società, i cui capisaldi sono quelli del diritto al lavoro, della effettiva partecipazione dei lavoratori al governo, del diritto al salario. Questo programma è un proposito di riforme: il governo deve seguire l'indirizzo politico che porta a queste riforme. Vi è dunque una doppia serie [di vincoli]: non può fare contro la Costituzione; deve fare secondo la Costituzione: deve legiferare e governare.

A garanzia di queste limitazioni ci sono due organi: la Corte costituzionale, che ha il potere di annullare le leggi contrarie; il presidente che ha il potere di garantire la continuità costituzionale: in tre modi: rifiutandosi di firmare i progetti di legge, rimandando le leggi contrarie, rifiutandosi di promulgarle. Ha inoltre il potere positivo di ricordare ai governi l'indirizzo programmatico: e di sciogliere le Camere se il governo si allontanasse da questo programma. Non è irresponsabile come il re: è responsabile per attentati alla Costituzione. Per questo deve vigilare a che l'indirizzo politico del governo non sia contrario a[lla Costituzione].

Questa è la nostra Costituzione: la quale non è la traduzione in lingua repubblicana dello Statuto albertino, dove il re regna ma non governa. Il re era un potere diverso: ma il presidente della repubblica emana dal popolo: e quindi è lui il rappresentante di questo potere del popolo di ricordare agli altri organi l'impegno preso dal popolo nella Costituzione.

In questo congegno vi è una garanzia giuridica di continuità di direttive politiche che non vi è in altre costituzioni: un governo che

volesse sottrarsi al programma di riforme sociali andrebbe contro la Costituzione, che è garanzia non solo che non si tornerà indietro, ma si anderà avanti. Chi si vuol fermare è contrario alla Costituzione.

Questo può dispiacere a qualcuno che vorrebbe restar fermo. Ma questa è la Costituzione: *hoc iure utimur*. Questo è il programma su cui i partiti democratici possono trovarsi d'accordo: questo è lo sp[irito?] secondo il quale la speranza che animò i caduti della Resistenza si è tradotta in dovere politico.